

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

Les sanctions pénales en matière de divorce

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

Jules FONROUGE

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
(Sciences Juridiques)

MEMBRES DU JURY

MM. LÉGAL, professeur, président.

BOSC, professeur.

DEMONTÈS, professeur.

} *Assesseurs*

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1934

**LES SANCTIONS PENALES
EN MATIERE DE DIVORCE**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

Les sanctions pénales en matière de divorce

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

Jules FONROUGE

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

(Sciences Juridiques)

MEMBRES DU JURY

MM. LÉGAL, professeur, président.

BOSC, professeur.

DEMONTÈS, professeur.

} *Assesseurs.*

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages, 1

1934

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Economie Politique.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

DUPEYROUX, professeur de Droit constitutionnel.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, professeur de Droit Commercial.

COMBY, chargé de cours d'Economie politique.

LEMERCIER, chargé de cours d'Histoire du Droit.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

VALERY, Doyen honoraire.

DONAT, Secrétaire.

ROCHETTE et DUBOIS, Secrétaires honoraires.

JURY

MM. LÉGAL, professeur, *Président*.

BOSC, professeur.

DEMONTÈS, professeur.

} *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVANT-PROPOS

Le philosophe anglais Bentham écrivait, au début du siècle dernier : « Créer les droits et les obligations, c'est créer les délits... Chaque loi civile forme un titre particulier qui doit enfin aboutir à une loi pénale... Les deux Codes n'en font qu'un pour leur nature et pour leur objet. » (1)

Notre but est de commenter cette pensée de Bentham au moyen d'exemples précis choisis dans la matière du divorce.

Mais, voulant montrer les rapports qui existent entre le divorce et le droit pénal, il nous est apparu qu'il convenait, dans cette matière très vaste, d'opérer une sélection et de ne faire porter notre étude que sur certains faits particuliers.

Cette sélection n'a pas été opérée arbitrairement. Les faits que nous avons choisis sont liés les uns aux autres par l'unité du résultat qu'ils tendent à obtenir : Nous faisons l'examen de divers délits qui ont pour résultat, grâce à leur action commune, d'assurer la mise en œuvre du jugement de divorce.

(1) Traité de Législation Civile et Pénale, deuxième édition, Paris 1820. Cité par Jacomet - Thèse, p. 2.

Notre thèse a pour but, non pas de faire l'étude spéciale et approfondie de tel ou tel délit déterminé considéré dans toutes ses difficultés d'application, mais bien de montrer comment, par la combinaison de ces divers éléments, le droit pénal complète le droit civil.

Nous voulons montrer comment le jugement de divorce essaye d'abord d'être conforme à l'équité au moyen d'une procédure contrôlée, ensuite exécutée d'une manière précise et sûre pour le plus grand profit de tous les intéressés, enfin comment le coupable est puni, ou pourrait l'être, pour le plus grand bien de la Société.

Unité du résultat, avons-nous dit : prononcer les divorces avec plus de certitude quant au présent et à l'avenir, certitude résultant de la présence d'une sanction pénale efficace ; mais non unité de but visé ; en effet, aucune idée directrice ne paraît avoir présidé à l'évolution des lois et de la jurisprudence qui s'étend de 1901 à 1934 : les diverses solutions particulières échelonnées dans cet intervalle de plus de trente années répondent chacune à des préoccupations spéciales qui seront précisées au cours de cette étude, et c'est la réunion actuelle de ces solutions et des moyens qu'elles ont suggérés qui produit l'unité du résultat. C'est pourquoi nous suivrons pour l'étude de ces moyens l'ordre dans lequel ils ont successivement apparus.

INTRODUCTION

C'est le 6 juin 1876 que M. Naquet déposait à la Chambre sa première proposition de loi tendant à rétablir le divorce en France. Or, à ce moment, la France, absorbée dans son travail de réorganisation économique et financière, était fort éloignée de penser au divorce. M. Hip. Faure le constatait en 1879 dans son rapport sur le deuxième projet de loi de M. Naquet : « La grande masse du public, celle des électeurs des villes et des campagnes, ne se préoccupe guère de la question du divorce et peut-être y aurait-il un certain danger à jeter dans la population ce sujet de discussion auquel elle ne songe pas. » Si le pays était indifférent, la Chambre l'était aussi ; M. Naquet put dire que l'on ne voyait dans son projet qu'une pure « excentricité. »

Mais M. Naquet fit preuve, pendant huit années d'une ténacité rare et d'une inlassable activité. Il réussit à intéresser les esprits à son idée, et la presse, le théâtre et la littérature s'emparèrent de ce sujet nouveau.

Les partisans du divorce étaient d'une grande prudence ; il n'y a qu'à lire les rapports qui intervinrent lors de la discussion du dernier projet de loi : Tous

les rapporteurs montraient un grand respect pour le mariage et la famille : Le divorce n'était pas dans leur pensée un encouragement à l'inconstance, mais un remède douloureux à une situation plus douloureuse encore. Ils étaient aussi pleins de confiance pour l'avenir. « Nulle part la loi autorisant le divorce, disait M. Léon Renault, ne rencontrera plus certainement dans les mœurs publiques la limitation qui est nécessaire pour que le divorce conserve le caractère d'un remède et ne tourne pas en abus. »

« Grâce aux impressions, ajoutait M. de Marcère en 1882, que causera aux époux l'idée seule du divorce, grâce à la sévérité des magistrats dont les sentences contiendront, de même que la loi, une leçon salutaire, il n'est pas à craindre que les mœurs se prêtent à la multiplicité des divorces qui seront toujours vus avec une certaine défaveur bien propre à en éloigner les Français. » Il pensait même que l'institution du divorce serait « de nature à rétablir dans les familles l'harmonie qui y manque aujourd'hui. »

Ainsi le divorce sauverait les mauvais ménages et, par la crainte qu'il inspirerait, préserverait les bons.

On sait ce qu'il est advenu du divorce et comment les promoteurs du mouvement ont été débordés par lui.

Le divorce, remède exceptionnel, est en train de passer au rang d'habitude, habitude qui s'appuie sur une institution préexistante et la déforme : Les demandes en divorce ont été en nombre toujours croissant. Les Tribunaux judiciaires, amenés par la force des choses à considérer surtout l'intérêt des personnes qu'ils avaient à juger, ont accueilli toutes ces demandes, car il est parfois difficile (pour ne pas dire dangereux) d'obliger deux conjoints qui ne veulent plus

vivre ensemble à reprendre la vie commune : après comparution devant un tribunal, les esprits ne s'accordent plus, la reprise de la vie commune est quasi-impossible.

Au bout de quelques années, les Tribunaux s'aperçurent bien que le divorce n'était plus le remède exceptionnel voulu par la loi et qu'ils étaient, bien des fois, en présence de plaideurs qui cherchaient une évasion facile des charges du mariage ; ils se rendaient compte que les griefs étaient bien souvent simulés, et que, s'ils existaient, ils étaient peut-être provoqués par la seule possibilité du divorce, et qu'ainsi l'ombre du divorce empêchait la vie commune de produire l'effacement des points saillants du caractère de chaque individu sans lequel elle n'est pas possible. La pensée que, sans le divorce, le conjoint coupable aurait peut-être fait un effort sur lui-même pour dompter un caractère un peu difficile se fit de plus en plus tenace à l'esprit des magistrats qui ne pouvaient s'empêcher de considérer avec pitié les ravages causés chez l'innocent par celui qui n'avait pas su accomplir l'effort nécessaire pour se plier aux exigences de la vie commune, ou qui, parfois même, n'avait pas voulu.

Peu à peu l'idée se fit jour que le divorce ne devait plus présenter pour l'époux que gênent les liens du mariage un aspect agréable et attirant, mais bien un aspect plutôt décourageant. Et c'est ainsi que la loi et la jurisprudence ont peu à peu élaboré autour de l'époux coupable tout un réseau de chaînes l'enserrant de toute part, d'abord fragiles et faciles à briser, mais de plus en plus solides, perfectionnées en étendue et en force, de sorte que l'époux coupable s'échappe des liens du mariage pour tomber dans ceux du

pouvoir social. Ces chaînes fragiles consistent dans la réglementation, œuvre du droit civil. Mais le renforcement de ces chaînes est l'œuvre du Droit Pénal qui soutient le Droit Civil.

C'est de cette œuvre du Droit Pénal que je vais uniquement m'occuper.

Nous verrons comment s'est réalisé d'une manière imprévue le vœu exprimé par M. de Marcère en 1882 ; « la sévérité des magistrats..., leçon salulaire..., défaveur du divorce », d'une manière imprévue, avons-nous dit, car ce n'est pas la sévérité des magistrats civils qui prononcent le divorce, mais bien la sévérité des magistrats des Tribunaux Correctionnels qui assurent l'exécution des décisions des juges civils. Puisque c'est la sanction pénale qui vient à l'appui de certaines obligations de famille, il est indispensable de faire une étude détaillée de ces obligations. Il ne faut donc pas s'étonner de trouver, dans chacune des parties de cette étude, un chapitre de pur Droit Civil : en effet, l'élément constitutif du délit pénal consiste dans l'infraction à une réglementation civile ; il est donc indispensable de bien la connaître.

PREMIERE PARTIE

**LE DELIT
DE NON-REPRESENTATION
D'ENFANT**

CHAPITRE PREMIER

DE LA REGLEMENTATION JUDICIAIRE DU DROIT DE GARDE

On sait que la puissance paternelle n'est pas un pouvoir absolu ; à côté de la famille, la Société a sa part de droits et d'intérêts à défendre, elle doit sa protection aux enfants et elle a intérêt à ce que ni leur moralité ni leur santé ne soient compromises.

Ces idées sont admises depuis fort longtemps.

On cite (1) une déclaration de Louis XIV, du 8 mars 1704 disant : « Nous avons résolu de conserver à la Justice et aux Magistrats l'autorité dont ils ont besoin pour réparer les abus que ceux qui exercent cette puissance domestique, (sur les mineurs), peuvent en faire en quelques occasions. »

On cite (1) aussi quelques arrêts de divers Parlements qui ont protégé les enfants contre les mauvais traitements du père. Dans un de ses plaidoyers,

(1) Planiol. Traité élémentaire de droit civil, Tome I, 11^e édition, page 574.

d'Aguesseau disait : « Quelque grande que soit l'autorité des parents, elle a cependant une autorité supérieure dans la Société, et, si les parents sont les premiers juges, leur jugement est toujours soumis à celui des magistrats..., c'est à ceux entre les mains desquels on a remis le dépôt sacré de l'autorité publique à examiner les différends qui s'élèvent entre les pères et les enfants, comme ceux qui s'élèvent entre les autres citoyens, et s'ils doivent apprendre aux enfants à respecter ceux dont ils ont reçu le bienfait de la vie, ils doivent aussi écouter leurs justes plaintes et ne pas abandonner les membres de la Patrie aux caprices d'un particulier. »

Ces idées devaient naturellement recevoir leur application lorsque la Révolution, qui ne voyait dans le mariage qu'un contrat civil, eut abouti au divorce. Le Code Civil, dans son titre sixième, intitulé « du Divorce », contient deux articles ainsi conçus :

« 302. — Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce à moins que le Tribunal, sur la demande de la famille ou du Ministère Public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

» 303. — Quel que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

Le divorce a été supprimé en 1816, mais rétabli par la loi du 27 juillet 1884 qui conserve ces deux articles sans changement.

Montrons tout de suite d'importance de ces dispositions.

Normalement, pendant le mariage, la puissance paternelle appartient au père et à la mère, et elle est exercée par le père (article 373 du Code Civil), la mère n'intervenant que dans des cas exceptionnels, par exemple, depuis la loi du 17 juillet 1927, pour autoriser l'enfant à se marier malgré l'opposition du père ; ce n'est que si le père meurt ou est frappé d'une incapacité que la mère exercera la puissance. Un des éléments de cette puissance est le droit de garde : c'est le droit pour celui des parents qui exerce la puissance de retenir l'enfant chez lui, de le forcer à habiter avec lui et, au besoin, de le faire ramener à son domicile par la force publique.

C'est au droit de garde que font allusion les paroles rapportées ci-dessus, et c'est du droit de garde que s'occupent les articles 302 et 303 en disant : « Les enfants seront confiés... ».

Mais il y a plus : une loi du 24 juillet 1889 permet aux Tribunaux de modifier non plus un des éléments de la puissance paternelle, mais bien l'ensemble de ces éléments en organisant ce qu'elle appelle la déchéance de la puissance paternelle, qui entraîne comme conséquence nécessaire la perte du droit de garde.

On aperçoit aisément que, lorsqu'un Tribunal prononce un divorce, les causes qui le justifient impliquent la dépravation morale de l'un au moins des époux qu'il est donc juste de traiter comme indigne en sa qualité de père ou de mère.

Le Tribunal enlèvera les enfants à l'époux coupable, s'il ne l'a déjà fait pendant l'instance, ainsi qu'il en avait le droit, et il les confiera, dit l'article 302, à l'époux qui a obtenu le divorce. Mais cette règle n'a que la valeur d'une indication et le législateur ajoute

tout aussitôt que les tribunaux ont la faculté d'ordonner qu'ils soient laissés à l'autre époux quoique coupable, et des décisions de jurisprudence multiples ont fait application de cette règle.

Exemple : confier les garçons au père, les filles à la mère, confier à la mère les enfants en bas-âge (Cass. 5 juillet 1909, P. et S. 1909.1.576, 23 juillet 1923, D. 1924.1.32). Ou bien encore ordonner que les enfants seront placés dans une maison d'éducation désignée par lui, régler la façon dont les parents pourront les voir et distribuer entre eux le temps des vacances. (Cass. 27 janvier 1904, S. 1906.1.309 ; Cass. 27 janvier 1908, D. 1908.1.155).

La Cour de Cassation reconnaît même aux Tribunaux le pouvoir d'interdire complètement au père ou à la mère de voir son enfant (Cass. 7 mai 1900, D. 1901.1.452), mais parfois avec la condition supplémentaire de constater l'impossibilité où se trouvent les parents de garder l'enfant vu leur indigence. (Cass. Req. 22 mars 1922, D. 1922.2.24).

Ces arrêts nous montrent que, tout en enlevant à l'un des parents le droit de garde, on lui conserve fréquemment le droit de voir l'enfant à certains jours et à certaines heures déterminés par le jugement, et c'est une remarque importante à noter pour la suite de cette étude.

Ces mesures, prises à la demande d'un membre quelconque de la famille (par exemple une grand-mère qui demande la garde de l'enfant) ou du ministère public agissant en sa qualité de partie jointe, (l'affaire lui étant communicable), sont toujours révocables et susceptibles d'être modifiées sur la demande des mêmes personnes : Exemple : Lorsque les enfants en bas-âge ont été laissés à la mère malgré sa faute, le

père peut demander qu'ils lui soient rendus dès qu'ils auront grandi, ou si de nouvelles raisons surgissent pour les enlever à la mère. (Cass. 1^{er} août 1883, D. 85. 1.206 ; 3 juillet 1893, D. 94.1.23). On reviendra pour cela devant le même tribunal.

C'est l'exercice régulier du droit de visite qui permettra au parent déchu ou, plus habituellement, privé de la garde de surveiller la conduite de son ex-conjoint.

Toutes les mesures que je viens d'indiquer peuvent aussi être prises pendant le cours de l'instance en divorce. A quel moment commence l'instance ? En droit commun l'instance est engagée lorsque le demandeur a lancé l'assignation à comparaître, mais jusque-là et, en particulier, au moment de la tentative de conciliation (quand elle a lieu), l'instance n'est pas engagée. Dans notre matière, il ne faut pas prendre ce mot dans son sens technique. Les mesures provisoires (et la réglementation de la garde en est une) peuvent être prises certainement dès que le Président du Tribunal siège comme juge conciliateur, mais même dès la requête de l'époux demandeur sollicitant le permis de citer en conciliation. (1)

Ces mesures aboutissant à un amoindrissement de la puissance paternelle sont jugées parfois insuffisantes par le juge qui peut, à titre de sanction, user du procédé prévu par la loi de 1889, la déchéance entière de la puissance paternelle « en cas d'inconduite notoire et scandaleuse des parents » (2). Celui des parents qui est déchu perd non seulement le droit

(1) Planiol - Traité élémentaire de droit civil, Tome I, 11^e édition, p. 418).

(2) La déchéance est parfois encourue de plein droit : Ex. Condamnations énumérées par l'article I de la loi du 24 juillet 1889.

de garde, mais encore tous les attributs de la puissance paternelle, tels que droit de donner certains consentements à l'enfant, droit de surveiller son éducation et droits sur les biens de l'enfant.

On conçoit facilement que de telles mesures ne sont pas toujours facilement acceptées par les parents qui cherchent à s'y soustraire : aveuglés par leur rancune réciproque, oublieux des intérêts de l'enfant, ils se le disputeront d'autant plus âprement qu'une décision de justice est venu consacrer les torts de l'un d'eux.

Celui qui est dépossédé de la garde voudra garder l'enfant avec lui ou le reprendre, celui qui en est chargé opposera des résistances à l'exercice du droit de visite ou le rendra impossible en cachant les enfants, l'un et l'autre refuseront de représenter l'enfant à toute sommation, le tiendront caché sur le territoire national ou l'enverront à l'étranger.

Il était donc nécessaire de vaincre ce refus obstiné d'exécuter une décision d'une si grande importance sociale puisque c'est l'intérêt moral des enfants qui est en jeu.

Cependant, ni le Code Civil, ni la loi de 1884 sur le divorce, ni la loi de 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle n'ont prévu de remède approprié.

CHAPITRE II

SANCTIONS CIVILES TENDANT A ASSURER L'EXECUTION DES DECISIONS JUDICIAIRES EN MATIERE DE GARDE

Diverses sanctions civiles ont été proposées : les tribunaux ont essayé successivement la force, les dommages-intérêts, la saisie des revenus, l'astreinte.

1° *Le recours à la force publique ou exécution manu militari :*

C'est le moyen le plus direct : il est possible en raison de la formule exécutoire que contient tout jugement : L'huissier, accompagné du commissaire de police ou de plusieurs gendarmes s'il le faut, se présente chez le récalcitrant et emmène ou reprend l'enfant qu'on refuse de représenter ou qu'on avait enlevé ou détourné. Ce procédé paraît présenter des inconvénients : d'abord l'huissier et les gendarmes ne peuvent rien si on ignore le lieu où se trouve l'enfant ou si l'enfant a été amené à l'étranger ; ensuite ce pro-

cédé répugne aux mœurs françaises : « il se produirait des scènes déchirantes au moment où l'on ôtera au parent déchu ce petit être qui, quelquefois, vivait depuis de longs mois avec lui » (Monsarrat, Thèse, Toulouse, 1929, p. 22) ; enfin, il paraît contraire au principe de la liberté individuelle, écrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et exprimé dans la langue du droit par la règle « Nemo prae-cise cogi potest ad factum ».

Cette argumentation paraît à notre époque perdre un peu de sa force : les scènes déchirantes que l'on voudrait éviter ne doivent pas, d'une part, entraîner le sacrifice total de l'autre époux et, d'autre part, nous amener à ne tenir aucun compte, par faveur pour le récalcitrant, des droits de la Société, gardienne de l'institution du mariage.

Sans insister sur cette argumentation, bornons-nous à indiquer que ce procédé tendant à l'exécution directe du jugement a été assez peu pratiqué.

2° *Condamnation à des dommages-intérêts :*

La Cour de Cassation en a admis la validité par un arrêt de la Chambre des Requêtes, le 25 mars 1857, S. 51.1.269, D. 57.1.213, ainsi conçu :

« Vu les articles 1142 et 1147 du Code Civil ;

» Attendu que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur et que le retard dans l'exécution soumet à une condamnation de même nature ;

» Attendu que si la loi, au cas d'inexécution ou de retard, n'autorise aucune voie de violence ou de contrainte contre la personne qui porte atteinte à sa liberté par la nécessité de faire et d'agir, elle a accordé au créancier le moyen d'être préservé du préjudice

résultant de l'inexécution ou du retard d'exécution en donnant au juge la faculté d'apprécier en argent l'importance de ce préjudice ; qu'on ne saurait prétendre avec raison que la volonté persistante du débiteur de ne pas satisfaire à son obligation puisse lui servir de protection contre l'application des articles cités, puisque, dans ce cas, cette résistance illégale devient un tort plus grave et qu'il importe de prononcer pour la vaincre une condamnation en proportion avec les intérêts engagés, proportion qu'il appartient au juge du fait d'apprécier souverainement. »

L'examen critique de cet arrêt appelle de nombreuses observations, que certains auteurs ont soupçonnées mais n'ont pas précisées : M. Berryer, dans sa thèse sur les astreintes (p. 126, Paris 1903), dit : « Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'une obligation qu'on pourrait appeler en quelque sorte légale et qui se distingue profondément des autres obligations ». En quoi elle se distingue, il ne nous le dit pas.

M. Monsarrat, dans sa thèse sur le délit de non-présentation d'enfant, page 23, écrit : « Il faut reconnaître qu'il s'agit ici d'une obligation particulière : la remise d'enfant. »

En effet, la difficulté vient du fait que la Cour de Cassation applique la théorie des dommages-intérêts à l'inexécution d'une obligation légale de famille profondément distincte des obligations ayant un caractère pécuniaire. La Cour de Cassation ne s'est pas arrêté devant cette objection et assimile les deux sortes d'obligations. M. Berryer (1) et Monsarrat (2), en signalant cette difficulté, approuvent la solution de la Cour de Cassation.

(1) Op. cit. page 126.

(2) Op. cit. page 23.

Mais Laurent, au tome III de son Droit Civil Français, n° 256, précise un peu mieux cette difficulté :

« A vrai dire, il ne s'agit pas des parents mais de l'avantage de l'enfant. La chose est de toute évidence quand c'est sur la demande du Ministère Public que les mesures sont prises. Il n'est donc pas exact de dire que l'époux récalcitrant cause un dommage et qu'il est tenu de le réparer. En réalité, le Tribunal prononce une peine pécuniaire. Or, peut-il y avoir une peine sans loi pénale ? ».

M. Laurent voulait dire sans doute qu'il n'y a à la charge de l'époux coupable aucune obligation patrimoniale ayant une valeur appréciable en argent, et que l'époux à qui l'enfant aurait dû être remis n'a aucun intérêt à obtenir une réparation par dommages-intérêts.

C'est probablement cette signification qui doit être reconnue à cette phrase un peu énigmatique de M. Goiraud : « Il n'existe pas d'obligation de remettre l'enfant à celui qui est attributaire de la garde » (1).

Il semble, en effet, impossible de considérer le parent déchu comme débiteur de l'enfant à l'égard de l'autre époux, comme tenu d'une obligation de faire au sens des articles 1142 et 1147 qui prévoient spécialement les obligations contractuelles ayant un caractère patrimonial, puisque les époux sont liés par la décision judiciaire : l'époux condamné est « obligé » de remettre l'enfant ; il est obligé d'obéir à un ordre de la loi « parlant par la bouche du juge », selon le mot de Cicéron.

En présence d'un rébellion devant la loi ou les magistrats, la sanction consistant en des dommages-

(1) Cité par Planiol et Ripert - Traité Théorique de droit Civil - Tome II, page 504.

intérêts versés à l'autre partie paraît s'attacher à l'accessoire et négliger le principal : la seule sanction rationnelle de la violation d'un droit de puissance paraît être la peine.

3° *L'astreinte* :

Cette peine, toute logique qu'elle nous apparaisse, n'était pas facile à trouver.

Nous sommes au 19^e siècle, la règle « Nulla paena sine lege » domine tout le droit pénal. Les juges ne peuvent pas, en l'absence d'un texte et de leur propre autorité, appliquer des peines, et c'est pour cela, faute de pouvoir faire mieux, qu'ils avaient admis l'application de la théorie des dommages-intérêts. Nous avons démontré qu'elle paraissait irrationnelle ; aussi ne l'appliquèrent-ils pas longtemps. Ils eurent recours à une sanction civile d'une nature mal déterminée, à la fois voie d'exécution et peine, qu'ils appellent la menace d'une peine et qu'ils justifient de diverses manières : l'astreinte.

On appelle astreinte une condamnation pécuniaire ayant un caractère provisoire, destinée à obtenir indirectement l'exécution en nature d'une obligation par la menace d'une peine susceptible de vaincre la résistance du débiteur. (Berryer, Thèse : Les Astreintes, p. 20). Par exemple, on condamnera le père à rendre les enfants tel jour à peine de 100 francs par jour de retard. Supposons que le père s'exécute deux mois après ; il devrait 6.000 francs. A ce moment, on revient devant le Tribunal qui réduira la somme due à 500 ou 100 francs, ou la supprimera complètement.

L'Astreinte a donné le jour à toute une littérature

(1). La majorité de la doctrine la considère comme illégale (voir Berryer, thèse précitée). Certains auteurs la considèrent comme légale : Esmein : *l'Origine et la logique des Astreintes* ; Cuhe : *Précis de Procédure civile*, p. 311 et suivantes. D'autres enfin, sans se prononcer, font remarquer que l'étude de M. Esmein ne résout pas la question : Turlan, thèse, p. 23 à 27.

M. Esmein considère que la clef de la question est dans une distinction faite par un arrêt de la Cour de Cassation du 22 novembre 1841 rapporté au Sirey, 1842.1.170, qui dit : Attendu que, en droit, il faut distinguer les *ordinatoria* et les *decisoria judicia*.

L'arrêt ne donne aucune explication sur le sens de ces mots qu'il importe de préciser : Par *decisoria judicia*, il faut entendre la fonction juridictionnelle du juge, la faculté de dire le droit au moyen d'un jugement ; les *ordinatoria judicia* sont les actes de commandement du juge au moyen desquels il assure l'exécution de sa sentence par des ordres ou des menaces adressés aux parties.

De cet arrêt, M. Esmein conclut que, étant donné ce double pouvoir du juge de donner des ordres et de rendre des jugements, l'astreinte peut être considérée comme une émanation de ce premier pouvoir. M. Esmein s'efforce alors de montrer que les juges avaient ce pouvoir dans notre ancien droit. S'il par-

(1) La question de l'origine et de la légalité de l'astreinte n'intéresse pas le criminaliste : celui-ci n'a à se préoccuper que d'une chose : son efficacité. Néanmoins comme l'Astreinte a été considérée comme une « peine » et non pas comme une réparation, elle est intermédiaire entre la sanction civile et la sanction pénale, une sanction civile de caractère pénal, et c'est pourquoi il nous a paru intéressant de donner quelques détails.

vient à prouver qu'ils l'ont encore, la légalité de l'astreinte sera démontrée.

Que les juges aient eu ce pouvoir dans l'ancien droit, au temps où on leur reconnaissait un pouvoir arbitraire, c'est possible, bien que, en pratique, il soit extrêmement difficile de faire, dans les textes rapportés par M. Esmein, la différenciation qu'il faut pourtant trouver entre la force exécutoire et l'astreinte (1).

Mais là où je ne crois pas pouvoir suivre M. Esmein c'est lorsqu'il veut soutenir que les juges ont encore ce droit ; je sais bien que ce droit de donner des ordres qui n'était prévu par aucun texte n'a été effacé par aucun.

Mais à côté des textes et au-dessus, il y a l'histoire, non pas l'histoire du droit, mais l'Histoire. Il me suffit de rappeler ici les tendances subjectives des hommes de la Révolution, leur passion de détruire tout ce qui venait de l'ancien régime, leur désir de proclamer les droits individuels et leur tendance exagérée à restreindre le droit des juges pour pouvoir avancer hardiment que, depuis cette époque, les juges n'ont plus le droit de prononcer des astreintes.

Dès lors, que penser de l'arrêt de 1841 ?

Il me paraît que l'on peut établir un lien entre cet arrêt de 1841 et la suppression du référé législatif quatre ans plus tôt. La Cour de Cassation, voyant revenir à elle la faculté d'interpréter les lois, considérant, en outre, que l'on se trouvait à une époque de gouvernement à tendance absolutiste monarchique a pu se croire autorisée à faire une tentative en fa-

(1) Voir article de M. Esmein à la suite de la thèse de Berryer p. 202 à 205 et la discussion thèse de M. Turlan, page 22 à 27.

veur de la restauration de l'antique pouvoir du juge ; cet arrêt de 1841 serait donc une réminiscence de l'ancien régime, réminiscence restée sans lendemain, car le gouvernement monarchique ne dura pas longtemps et, aujourd'hui, complètement oubliée.

Les Tribunaux, en effet, ont cherché à justifier l'astreinte d'une autre manière.

Ils l'ont présentée d'abord comme une application de la théorie des dommages-intérêts. Le créancier, disent les arrêts, éprouve, par le seul fait du retard apporté à l'exécution, un préjudice réel et quelquefois considérable, préjudice qui, se renouvelant tous les jours, légitime une condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard. Req. 14 juillet 1874, D. 75.1.400, Douai, 28 novembre 1873, D. 75.2.31.

C'est ainsi que les Pandectes françaises donnent de l'astreinte cette définition : condamnation éventuelle à des dommages-intérêts prononcée par les tribunaux pour le cas où la partie condamnée n'exécuterait pas leur décision (1).

Etant donnée cette affinité étroite entre l'astreinte et les dommages-intérêts, l'étrangeté du procédé paraît démontrée : ce procédé était encore plus inexplicable que les dommages-intérêts, car il est de tradition que l'astreinte est quelque chose de plus coûteux que les dommages-intérêts ; il est vrai que l'astreinte pouvait être diminuée après l'exécution directe de la décision de justice et ceci était un progrès par rapport à l'irrévocabilité des dommages-intérêts.

En effet, si la jurisprudence justifiait l'astreinte en disant : ce sont des dommages-intérêts, elle disait aussi des dommages-intérêts comminatoires, c'est-à-dire provisoires et révocables, une sorte de moyen de

(1) Cité par Berryer - Thèse page 18.

contrainte. Cette conception est très nettement affirmée dans un arrêt de Bordeaux du 5 mai 1870 (D. 70.2.203). (Cet arrêt, à vrai dire, n'est pas relatif à la situation qui nous occupe, l'astreinte ayant de multiples applications) : « Les dommages-intérêts alloués par chaque jour de retard dans l'exécution de travaux ne reposant pas sur des bases certaines d'appréciation ne sont, en réalité, qu'un moyen coercitif employé par les tribunaux pour l'exécution des obligations. »

Voici, à présent, une astreinte relative à des questions de garde d'enfant : c'est la fameuse affaire de la Princesse de Bauffremont qu'il est inutile de rapporter dans ses détails (1).

La Cour de Paris avait condamné la Princesse à rendre ses enfants à son mari et à payer au prince « mille francs par jour de retard dans l'exécution de la condamnation principale concernant la remise des enfants. » La Cour de Cassation a approuvé cette décision : « Considérant qu'il s'est agi uniquement pour la Cour d'Appel d'apprécier le moyen de coercition admis par les premiers juges et de fixer celui qui lui paraîtrait le plus propre à assurer l'exécution de la mesure ordonnée par la justice ».

C'est avec ce caractère de voie d'exécution jurisprudentielle que l'astreinte se maintient dans notre droit (Paris, 12 février 1908, D.1909.2.113) : « L'astreinte n'est pas une peine... mais un moyen coercitif éventuel d'assurer l'exécution d'un jugement. »

On a cependant tenté une justification différente : l'astreinte est une peine prononcée contre un coupable. Ceci la rapproche du droit pénal ; cependant cette peine n'a pas les caractères que l'on est habitué à re-

(1) Voir Monsarrat - Thèse p. 19 et suivantes.

trouver dans toute peine : c'est une peine privée : elle profite à la personne lésée ; celle-ci ne subit aucun préjudice pécuniaire, mais il est permis de soutenir qu'elle subit un préjudice moral justifiant le prononcé d'une peine contre l'auteur du préjudice.

Mais ce caractère privé de la peine est accessoire ; l'idée de peine est l'élément à retenir ; à la notion du préjudice éprouvé par le parent dont les droits sont méconnus s'est substituée la pensée de la résistance qu'il faut briser, de la lutte qu'il faut soutenir, de la victoire que le juge doit remporter sur l'obstination du récalcitrant.

Cette peine est-elle légale ? On a déjà vu qu'elle paraît n'avoir d'autres justifications que son intérêt pratique.

Cette peine est-elle efficace ? Bien souvent non : si le débiteur ne possède aucun immeuble, s'il parvient à dissimuler sa fortune mobilière, la sanction de l'astreinte sera illusoire.

Citons pour mémoire une autre tentative : saisie des revenus d'une propriété que l'on place sous séquestre : cela ne peut intervenir que très rarement, car il faut une fortune immobilière (1).

4^e *Appréciation :*

Avant de tirer de ce bref examen des conclusions qui s'imposent, remarquons que si la question s'était présentée au 20^e siècle et non plus au milieu du 19^e siècle, on n'aurait pas eu besoin de se livrer à ces diverses tentatives : une condamnation à des domma-

(1) Voir un exemple dans l'affaire de Beaufremont précitée : Tribunal de la Seine 13 janvier et 30 mars 1876 réformé partiellement par la Cour de Paris le 7 août 1876 - D. 78-2-125.

ges-intérêts aurait été justifiée d'une façon bien plus simple : au lieu de rattacher l'obligation de remettre l'enfant à l'article 1142 en voulant y voir la conséquence d'un contrat intervenu entre le père et la mère ayant la remise de l'enfant pour objet, on y aurait vu une obligation légale, dont la violation constitue un délit civil donnant lieu à réparation basée sur l'article 1382.

Néanmoins, nous devons reconnaître que la question n'est ainsi que mieux posée, elle n'est pas résolue : Cette condamnation peut-elle être efficace ? Il est évident que le changement de base ne la rend pas plus efficace qu'auparavant.

La conclusion à déduire logiquement de cette constatation est la même que celle que l'on faisait à la fin du siècle dernier : Vu l'inapplicabilité, l'illégalité ou l'inefficacité des sanctions du droit civil consistant en une exécution sur les biens, étant donné aussi la progression continue du nombre des divorces, on se trouve amené à contraindre le récalcitrant dans sa personne physique et non plus dans ses biens, espérant que l'effet intimidant d'une telle mesure suffira dans bien des cas à assurer l'exécution des décisions du juge et que la coercition n'aura que rarement l'occasion d'être appliquée.

Comme aucune mesure appropriée n'existait en droit civil depuis la suppression de la contrainte par corps, les tribunaux d'abord, sans succès, puis le législateur, firent appel au droit pénal pour assurer par l'énergie de la sanction l'application des règles civiles. (Loi du 5 décembre 1901 modifiée par celle du 23 mars 1928).

CHAPITRE III

L'INTERVENTION DU DROIT PENAL

La loi du 5 décembre 1901, modifiée par la loi du 23 mars 1928, rattachée à l'article 337 du Code Pénal, est ainsi conçue :

Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice provisoire ou définitive, le père, la mère, ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera, ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 à 5.000 francs. Si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans.

SECTION I

TENTATIVES ANTERIEURES A LA LOI DE 1901

Nous avons indiqué, à la fin du chapitre II, que si le législateur a été amené à faire intervenir la loi pénale au secours du droit civil en considération de l'insuffisance incontestable de celui-ci, les Tribunaux lui avaient déjà montré le chemin par leurs tentatives infructueuses.

Ainsi les tribunaux répressifs ont rempli le rôle que l'on doit attendre d'eux. S'il est exact qu'aujourd'hui, avec le principe de la légalité des délits et des peines (dont nous parlerons bientôt avec quelques détails), supposant dégagé le principe de la séparation des pouvoirs et un pouvoir législatif distinct des autres pouvoirs, le juge ne peut pas voir un délit là où le législateur ne voit aucune activité délictueuse, malgré tout l'intérêt pratique qu'il y aurait à le faire, il n'en reste pas moins vrai que, historiquement, le droit s'est formé par la voie judiciaire ; le juge a précédé la loi, il a créé le droit et le droit criminel plus que tout autre a suivi cette évolution.

En présence de la fixité du droit écrit peu compatible avec l'évolution incessante de la civilisation et le besoin de nouvelles réglementations, l'effort du juge créateur du droit conserve sa raison d'être ; anticipant sur l'adaptation des textes écrits, le juge applique de son mieux les textes existants aux situations nouvelles. On sait que son pouvoir est bien plus grand en matière civile qu'en matière criminelle (comparer à ce sujet l'article 4 du Code Civil et l'article 4 du Code Pénal) : tandis qu'en matière civile le juge doit toujours trancher la contestation qui lui est sou-

mise, en matière pénale, au contraire, il est tenu d'observer le principe « Nulla poena sine lege. »

Mais ce principe n'existe que depuis la Révolution (article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme).

Le motif de ce principe doit, en effet, être cherché dans une réaction contre l'arbitraire des délits et des peines de l'ancien régime où la multiplicité des sources du droit, rendant la règle à appliquer incertaine, avait entraîné le juge à une interprétation large et, par suite aussi, à suppléer à la règle légale ou coutumière et, si c'était nécessaire, à la corriger et à la compléter. Devant les abus qui se produisirent, ce pouvoir du juge apparut tyrannique et souleva les protestations des philosophes du 18^e siècle, au nom de la liberté individuelle.

Cet arbitraire du juge avait cependant un avantage : il assurait mieux la défense sociale, précisément à raison de ce que le législateur ne peut prévoir d'avance tous les faits dommageables pour l'ordre social qu'il faudrait réprimer, des circonstances variables à l'infini, inconnues au moment du vote de la loi pouvant révéler telle situation où il y a danger et scandale à ne pas punir un acte. Mais les inconvénients de ce système étaient si redoutables pour la sûreté personnelle qu'il serait aujourd'hui vain et ridicule de penser un instant à le rétablir. N'oublions pas cependant, pour la suite de cet exposé, l'avantage précité.

Si les tentatives des tribunaux en vue de sanctionner, au moyen d'un texte pénal, la non-représentation d'enfant sont restées vaines, c'est parce que la loi n'avait point prévu la situation.

Les Tribunaux ont voulu se servir des textes suivants : Article 345, § 4 du Code Pénal : Seront punis

de la réclusion ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteront pas à ceux qui ont le droit de le réclamer.

Article 354. — Quiconque aura, par fraude ou violence, enlevé ou fait enlever des mineurs ou les aura entraîné, détourné ou déplacé, ou les aura fait entraîner, détourner ou déplacer des lieux où ils étaient soumis ou confiés, subira la peine de la réclusion.

Le premier texte cité semblait pouvoir s'appliquer à l'époux déchu de la garde qui ne représenterait pas l'enfant sur l'ordre du juge ; le deuxième à celui qui enlèverait ou détournerait l'enfant.

Les Chambres des Mises en Accusation des Cours d'Appel rendirent, dans ce sens, des décisions assez nombreuses, malgré les protestations de la doctrine qui citait les paroles de Treillard au Conseil d'Etat, lors de la discussion de l'Article 354 : « L'intention de la Section n'a pas été d'étendre l'article aux pères et mères dans quelques circonstances qu'ils puissent se trouver. » La Cour de Cassation dut casser à plusieurs reprises des arrêts de Cour d'Appel (22 mars et 5 avril 1900, D. 1900.1.194, S. 1902.1-428), et voici l'attendu principal :

« Attendu que l'article 345 § 4 étranger aux rapports des pères et mères au sujet de la garde de leurs enfants, prévoit uniquement le détournement commis à leur préjudice sur la personne de leur enfant par ceux à qui cet enfant aurait été confié ; que cet article ne saurait, sans une extension abusive, être appliqué soit au père soit à la mère qui refuse de représenter son enfant à cause des liens étroits que la nature a créés entre eux et qui subsistent même après la séparation de corps ou le divorce ; qu'une pareille exten-

sion serait contraire au texte et à sa portée légale ; qu'elle a été condamnée expressément lors de la discussion qui a eu lieu au Conseil d'Etat dans la séance du 12 novembre 1908 à propos de l'article 354 du Code Pénal. »

Ainsi, la Cour de Cassation justifie du même coup la non application des articles 345 § 4 et 354 du Code Pénal à l'hypothèse qui nous occupe.

Elle s'est maintenue, ce faisant, dans la bonne tradition du droit pénal : « Nullum crimen, nulla poena sine lege. »

Le droit pénal est d'interprétation restrictive : quelque répréhensible que soit l'activité d'un individu, quelque utilité que présente une intervention même minime de la loi pénale, le juge ne peut punir si la loi est muette.

SECTION 2

LA LOI DU 5 DECEMBRE 1901

La répression pénale spéciale de l'inexécution des décisions rendues sur la garde d'un mineur a été l'œuvre du législateur, conformément aux principes indiqués. Il est intéressant de préciser les conditions dans lesquelles fut votée la loi du 5 décembre 1901.

L'exposé des motifs du projet de loi déposé le 7 juillet 1900, par M. Monis, Garde des Sceaux, fait sentir, par quelques exemples, l'insuffisance de la législation civile.

M. Jean Cruppi fut chargé, au nom de la Commission de Législation Criminelle de la Chambre des Députés, de faire un rapport sur le projet gouvernemental. Il indiqua ainsi le but et l'utilité de la loi :

« ...Il paraît donc nécessaire d'exercer une contrainte sur la personne même de l'époux récalcitrant, et de le punir de sa résistance à la loi en édictant une peine contre lui... Nous voulons punir un abus d'autorité qui peut être néfaste pour les enfants. »

Il distingue deux cas : le cas « où la garde des enfants a été retirée au père ou à la mère ou à tous les deux, au cours ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps en vertu d'une décision provisoire ou définitive », et le cas « où l'un des époux ou tous les deux ont perdu la garde des enfants par suite de la déchéance de la puissance paternelle », la pénalité étant plus sévère au second cas.

Ce projet fut voté à la Chambre sans discussion, le 11 mars 1901, puis transmis au Sénat où il fut voté sans discussion, retransmis encore à la Chambre pour corriger une erreur matérielle et voté à nouveau sans discussion.

En sorte qu'il apparaît que le vote des Assemblées Législatives n'a guère été qu'une formalité, que les Assemblées se sont fiées à peu près aveuglément aux brefs exposés de leurs rapporteurs.

M. Berryer, dans sa thèse sur les astreintes, fait ressortir cette absence de discussion : « Les législateurs paraissent ne s'être guère rendu compte de l'importance de la loi nouvelle tout au moins quant aux principes. Les rapporteurs eux-mêmes n'ont pas fait ressortir cette importance. Et cependant la loi nouvelle fait de l'inexécution de l'obligation un délit.

« C'est là une voie absolument neuve dans laquelle les législateurs sont entrés sans paraître s'en rendre compte...

» Chez nos voisins, en Angleterre, il y a longtemps

que l'on a adopté ce système, le mépris des décisions de justice est considéré comme un délit. » (1) M. Berryer semble n'avoir pas aperçu qu'il emploie deux expressions différentes : inexécution de l'obligation, mépris des décisions de justice. La bonne expression paraît être la deuxième : il s'agit, en effet, d'assurer l'exécution de la décision de justice qui a précisé l'obligation, en punissant l'inobservation de cette décision.

(1) Berryer. Thèse, « Des Astreintes », p. 125.

CHAPITRE IV

ETUDE DES PRINCIPALES DIFFICULTES REVELEES PAR L'APPLICATION DE LA LOI

SECTION I

CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI

La pratique révèle une grosse difficulté portant sur le droit de visite. On se rappelle que la réglementation du droit de garde a deux objets, parfois même trois : en premier lieu, le Tribunal attribue la garde à l'un des époux ou ex-époux ; en deuxième lieu, il accorde à l'époux déchu un droit de visite à des jours, heures et lieux déterminés ; en troisième lieu, des dispositions spéciales peuvent intervenir pour le temps des vacances.

Or, la question s'est posée de savoir si le législateur, en son texte, avait prévu le cas de l'inexécution des deuxième et troisième dispositions. Il semble bien que non.

Revoyons les paroles du Rapporteur de la Chambre, M. Cruppi : « Punir un abus d'autorité qui peut être néfaste pour les enfants. » On s'aperçoit tout de suite qu'il est bien de l'intérêt de l'enfant que la garde soit effectivement retirée à l'époux indigne, mais qu'il n'est pas dans son intérêt de recevoir trop fréquemment la visite d'un parent indigne. Ce droit paraît accordé à l'époux dans son intérêt personnel. M. Cruppi cite ensuite les deux cas où la garde est retirée : déchéance de la puissance paternelle, simple privation du droit de garde. Il n'est nullement question du droit de visite.

La lecture du texte semble confirmer cette opinion : commet le délit « le père ou la mère qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui... l'enlèvera ou le détournera... des mains de ceux *auxquels sa garde aura été confiée.* »

Le point de vue du législateur peut se confirmer d'une autre façon ; la nécessité d'une sanction pénale n'apparaît pas. D'une part il existe une sanction civile suffisante : le titulaire du droit de visite peut s'adresser au Tribunal qui a rendu le jugement pour obtenir une modification des dispositions relatives à la garde, et pourra ainsi, en cas d'abus graves, obtenir que la garde lui soit désormais confiée.

D'autre part et a priori, on croit déceler entre l'infraction au droit de garde et la résistance au droit de visite une différence de gravité : celui des parents qui a observé fidèlement les devoirs du mariage et qui, aujourd'hui, se voit récompensé par la joie d'avoir les enfants à son foyer peut estimer avec une très grande bonne foi que le droit de visite accordé à son ex-conjoint est une faveur qu'il ne méritait pas ; il

est permis de prétendre que s'il met obstacle au droit de visite, il est guidé par des motifs juridiques et sociaux : c'est ce qui avait fait dire à certains auteurs qu'il ne commettait pas de délit. Par contre, l'époux coupable, déchu de la garde, qui essaye de retenir l'enfant agit en vertu de mobiles antisociaux et antijuridiques. Un examen plus approfondi nous montre au contraire que cette distinction est superficielle : il arrive parfois que celui qui est investi de la garde est l'époux coupable ; dans ce cas, s'il résiste au droit de visite, nous ne pouvons pas le considérer comme agissant en vertu de motifs juridiques et sociaux.

Il y a donc bien, entre les deux délits, une différence de gravité : mais il faut bien se garder de dire que l'obstacle au droit de garde est plus grave en soi que la résistance au droit de visite. Dans certains cas, le contraire sera vrai, en raison de l'indignité du gardien.

Cependant, de nombreuses décisions de Cours d'Appel s'en sont tenues à la lettre du texte.

Voici, par exemple, l'opinion de la Cour de Paris, Chambre des Mises en Accusation (opposition à ordonnance de non-lieu), dans son arrêt du 13 novembre 1903, au D. P. 1904.2.411 : « ...qu'il n'a été en cours de discussion de la loi fait, en effet, aucune allusion à pareille infraction concernant uniquement le droit de visite, ni, par cela même, pu être décidé qu'il y aurait lieu de la réprimer, qu'il est certain, en droit pénal, que tout texte doit être restrictivement interprété. »

M. Le Poittevin, dans le commentaire de cet arrêt, se range à l'avis de la Cour d'Appel et ajoute : « L'exécution des décisions de justice ne comporte, en principe, aucune sanction pénale... c'est donc par suite d'une

mesure tout à fait exceptionnelle et, en conséquence, absolument restrictive, que le législateur a, par la loi du 5 décembre 1901, transformé en délit la résistance aux décisions qui règlent le droit de garde... ».

Donc, deux raisons qui se complètent : interprétation restrictive de la loi pénale, extension du droit pénal aux dépens du droit civil nécessairement exceptionnelle.

Ces raisons n'ont pas empêché la Cour de Cassation de suivre, quelques années plus tard, le 30 mars 1912 (D. 1913.1.356), l'opinion exactement contraire : « Attendu que la loi du 5 décembre 1901 a eu pour but d'assurer, par une sanction pénale, l'exécution des mesures judiciaires ordonnées notamment au cours ou à la suite d'une instance en séparation de corps ou en divorce concernant la garde des enfants ; qu'elle s'applique aussi bien au père ou à la mère divorcé ou séparé de corps qui ne représente pas l'enfant à ceux qui ont le droit de le réclamer, qu'au père ou à la mère qui ne représente pas ce mineur à ceux auxquels la garde en a été confiée, que le père ou la mère auquel le juge a accordé le droit de prendre son enfant à un jour déterminé rentre bien dans la catégorie de ceux qui ont le droit de le réclamer, que les mesures relatives à la garde des enfants comprennent tout à la fois la réglementation du droit de garde, du partage des vacances, et du droit de visite, qu'on ne comprendrait pas que la loi eut attaché une sanction pénale au respect des uns et non des autres, et que rien, dans le texte, n'autorise une telle distinction. »

D'où cet arrêt fait prédominer dans le texte de la loi les mots : « quand il aura été statué sur la garde d'un mineur. »

Il est incontestable que la Cour de Cassation, en

recherchant dans le texte de la loi les mots qui lui conviennent le mieux, interprète le texte à sa façon : Selon une expression vulgaire mais qui fait image, « elle en tire tout ce qu'il peut donner. »

Devons-nous conclure de là que la jurisprudence l'interprète d'une façon extensive, se mettant ainsi en contradiction avec l'article 4 du Code Pénal ? M. Monsarrat se borne à l'affirmer : thèse, p. 61.

La question mérite cependant d'être discutée.

Qu'est-ce, au fond, que l'interprétation restrictive ? M. Magnol, dans son Précis de Droit Criminel, septième édition, page 1059, étudiant la méthode d'interprétation de la loi, écrit : « *Pœnalía sunt restringenda*. Ce n'est pas à dire que la loi pénale doive toujours être entendue dans un sens littéral et judaïque, ce qui conduirait souvent à l'absurde, mais dans son sens naturel et raisonnable, et il n'est pas défendu pour éclairer le texte, s'il est obscur, d'user des divers procédés de dialectique juridique, tels que l'histoire, les travaux préparatoires, le but de la loi, le rapprochement des textes. »

En ce sens, on a pu justement dire que « l'interprétation ne doit être ni extensive, ni restrictive, mais déclarative de la volonté du législateur. » (Garraud, Traité de droit pénal français, 3^e édition, t. I, p. 303, note 2).

La méthode d'interprétation du droit pénal se rapproche ainsi de celle du droit civil.

Nous comprendrons donc dans les définitions légales, tous les faits qui y rentrent normalement.

De cette manière, le système de la Cour de Cassation paraît conforme à l'esprit général du droit : les travaux préparatoires ne disent rien : c'est parce que le rapporteur, pour se faire comprendre, s'est placé

— dans l'hypothèse la plus fréquente. Le but de la loi, la Cour le détermine ; et la définition légale doit être cherchée d'après elle dans les premiers mots du texte : quand il aura été statué sur la garde d'un mineur.

Nous admettrons donc l'interprétation de la Cour de Cassation. •

La loi de 1901 a été modifiée en 1928, mais elle reste encore muette sur le droit de visite. Dès lors, que penser de l'interprétation jurisprudentielle : les rapporteurs se sont occupés de la question, mais, chose étrange, ont évité de la résoudre ; ils se sont, en quelque sorte, dérobés devant la difficulté, ce qui pose d'autres problèmes intéressants.

Au cours de l'élaboration de la loi, les rapporteurs citèrent divers arrêts de Cour d'Appel : Aix, 27.3.1903, D. P. 1903, 2.374 ; Paris 13.1.1903 ; D. P. 1904.2.41, etc., et l'arrêt de la Cour de Cassation du 30 mars 1912.

M. Catalogne, dans son premier rapport au Sénat, s'exprimait en ces termes : « La loi ne parle que du droit de garde, ce terme englobe-t-il le droit de visite ? Si, à l'issue d'un divorce, le jugement confie la garde de l'enfant à la mère et reconnaît au père le droit de le voir une fois par semaine, de telle heure à telle heure, la loi de 1901 serait-elle applicable au cas où la mère refuserait de s'incliner devant la décision de justice ? Nous le pensons, bien qu'en droit pénal, tout soit de stricte interprétation et que la résistance à confier l'enfant à ceux qui doivent le garder soit chose plus grave que la résistance à l'observation du droit de visite. C'est pourquoi tout en attirant spécialement sur ce point l'attention de la Chancellerie notre Commission n'a pas cru devoir plus amplement modifier l'article 357 du Code Pénal. »

Cependant, M. Sérol, rapporteur à la Chambre, estima inutile une sanction pénale et la loi resta muette.

M. Monsarrat pense que le législateur de 1928 a voulu simplement sanctionner le droit de garde. Son opinion paraît admissible, cette fois le législateur a discuté : Les arguments contraires se sont affrontés. Faut-il dire, comme M. Catalogne, qu'il n'était pas besoin de modifier le texte pour sanctionner la résistance au droit de visite, ou comme M. Sérol que la sanction est inutile ? Mystère.

C'est bien le cas de dire avec M. Planiol (Traité élémentaire de droit civil, tome I, onzième édition, p. 91) : « Ces documents (les travaux préparatoires) n'ont pas toujours l'autorité qu'on leur prête..., les discussions, surtout dans une assemblée un peu nombreuse, reflètent souvent des opinions individuelles... Aussi, est-ce une remarque souvent faite que les travaux préparatoires fournissent des armes à tous les partis et que les diverses opinions en présence y trouvent des arguments qui s'annulent réciproquement ». Que firent les Tribunaux ? Ils maintinrent le premier point de vue de la Cour de Cassation sans aucune modification ni addition : Voir : Dijon, 10 octobre 1929. D. H. 562 ; Cass. 10 avril 1930 D. H. 302 ; Cass. 31 juillet 1930 ; G. P. 1930.2.478.

Que conclure de là pour l'avenir ?

Il est probable que le législateur ne modifiera pas de sitôt un texte qu'il a voté deux fois. En ne prenant pas parti la deuxième fois sur cette question du droit de visite, il a, en quelque sorte, laissé au pouvoir judiciaire le soin de prendre l'attitude qui lui conviendrait.

SECTION II

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT

Après l'étude préliminaire qui vient d'être faite, on peut ainsi les décomposer :

1° *Elément : L'acte matériel* : Il consiste dans la non-représentation, l'enlèvement ou le détournement d'un enfant mineur accompli par le père ou la mère à la suite d'une décision judiciaire de garde exécutoire.

1) Les mots enlèvement et détournement paraissent synonymes. Ces pléonasmes sont courants dans les lois : c'est une précaution du législateur qui a pour but d'éviter d'une part des recherches délicates du sens précis du mot employé, d'autre part une interprétation trop restrictive.

La non-représentation, c'est le fait de ne pas mettre l'enfant entre les mains de celui qui a le droit de le réclamer, soit qu'il réclame réellement, soit qu'il reste inactif.

D'où il y a fait matériel de non-représentation toutes les fois qu'une personne conserve un enfant avec elle à un moment où elle ne doit pas le conserver, soit que l'enfant soit caché de façon qu'on ne puisse connaître sa résidence actuelle et le retrouver, soit qu'il y ait simplement refus de remettre un enfant présent à celui qui a le droit de le réclamer.

2) D'un enfant mineur, ou, tout au moins, non émancipé : avec l'émancipation et la majorité disparaît le droit de garde.

3) Violation d'une décision judiciaire exécutoire portant, soit sur la garde, soit sur le droit de visite.

Ce sera une mesure prise soit par le Président du Tribunal siégeant comme juge conciliateur, soit par

le Tribunal en cours d'instance, soit encore en cours d'instance par le Président du Tribunal en référé, soit par le jugement de divorce, soit après.

On appelle provisoires, les mesures prises pendant l'instance, et définitives, celles qui sont prises dans le jugement prononçant le divorce, mais il ne faut pas oublier que ces mesures sont toujours révocables.

Il faut que la décision soit exécutoire ; quand le sera-t-elle ? Quand elle ne sera pas susceptible de voies de recours ; en matière de divorce toutes les voies de recours sont suspensives, comme d'ailleurs le délai pour les former.

DEUXIÈME ÉLÉMENT : *L'intention.*

Il peut arriver qu'un fait de non-représentation d'enfant, tout en existant réellement, ne soit pas imputable à son auteur : un individu ne peut jamais être soumis à la loi pénale par la seule raison que sa conduite a été la cause d'un délit. En dehors des conditions générales visant l'intelligence et la liberté de détermination, l'on doit pouvoir reprocher à l'individu de n'avoir pas exercé ses facultés dans le sens voulu par la loi, d'avoir commis une faute.

Il faut que cet individu ait eu l'intention de commettre consciemment une action délictueuse, dans les conditions prévues par la loi.

Un exemple récent nous aide à comprendre comment un fait de non-représentation d'enfant peut n'être pas punissable en l'absence d'intention de son auteur.

La Cour de Cassation a jugé que, lorsque le père, à qui a été confiée la garde de sa fille mineure, n'a fait aucune diligence pour la reprendre à sa mère chez qui elle est venue habiter spontanément, que, d'autre part, la mère a mis le père en demeure d'exercer son

droit de garde, les juges du fond ont pu admettre que la mère n'a pas eu l'intention de s'opposer à l'exécution de la décision de justice et, par suite, n'est pas coupable du délit de non-représentation d'enfant. Elle ajoute que l'appréciation de l'intention appartient au juge du fait et ne tomberait sous son contrôle que si elle était contredite par les faits constatés ou leur caractère légal (Cass. Crim., 31 juillet 1930 ; Gaz. Pal., 1930-2-64).

Un arrêt antérieur du 17 janvier 1929 (D. P. 1930-1-120) précise fort bien en quoi consiste l'intention :

« Attendu que, poursuivie sous l'inculpation de non-représentation d'enfant, la femme V... a été relaxée pour le double motif que sa fille, âgée de treize ans, était libre de vivre où elle l'entendait et que la prévenue n'avait exercé sur elle aucune contrainte » (pour la retenir chez elle).

» Mais attendu, d'une part, que le premier de ces motifs, d'ailleurs sans valeur, est étranger à la femme V... et que, d'autre part, cette dernière était tenue personnellement, en exécution de l'arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse du 8 mars 1928, de représenter sa fille au domicile du sieur V..., à qui est confié la garde de cet enfant.

» D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait l'arrêt attaqué a violé l'article 357 du Code pénal... »

Il était en effet nécessaire de décider que le simple fait du père ou de la mère de ne pas user de son autorité pour conduire l'enfant à l'autre conjoint était un délit.

On pourrait être tenté, à la lecture de cet arrêt, de classer cette infraction parmi des délits non intentionnels. Cependant cette erreur doit être évitée. La catégorie juridique « délits non-intentionnels » vise des

faits consistant dans une omission ou une négligence ayant occasionné un dommage à autrui sans avoir voulu le causer. La cause du délit est volontaire et voulue, mais non l'effet. Au cas de faute intentionnelle, au contraire, la cause et l'effet sont volontaires et voulus : le père ou la mère a bien voulu commettre un délit dans les conditions prévues par la loi, mais ce délit résulte d'une omission intentionnelle, qui consiste dans l'inexécution volontaire d'un ordre positif de la loi.

Enfin, il est intéressant de déterminer à quel moment précis l'intention devient évidente :

Nous pensons qu'il ne peut y avoir délit tant que le jugement n'a pas été signifié. D'après certains auteurs cette signification suffit ; l'époux doit rendre l'enfant immédiatement, sinon il commet le délit ; c'est l'opinion de M. Cumenge (Thèse, page 111) et de M. Garçon (Code pénal annoté), en outre, c'est le sentiment de la Cour de Cassation, dans son arrêt du 8 mai 1905 (D. P. 1906-1-23), dans lequel il est indiqué que la signification est une mise en demeure régulière de rendre l'enfant et que le délit est commis au lieu où l'enfant doit être remis.

En pratique, les magistrats des Parquets sont plus tolérants : lorsqu'un époux n'exécute pas de plein gré une décision lui ordonnant de remettre un enfant à son ex-conjoint, le Procureur de la République, sur la plainte de l'autre époux, avertit le récalcitrant qu'il doit remettre l'enfant, faute de quoi il sera poursuivi correctionnellement ; cette mise en demeure est souvent suffisante et permet d'éviter la poursuite.

SECTION III

CARACTERES DU DELIT

En Droit pénal, un délit se caractérise d'après son mode d'exécution matérielle. De nombreux intérêts s'attachent à cette détermination.

Commençons donc par déterminer le caractère :

1° Ne pas remettre l'enfant à l'époux investi du droit de garde, est une activité délictueuse susceptible de durer un certain temps : à partir du moment où un époux doit remettre l'enfant, l'activité délictueuse commence, et elle se continue jusqu'à ce qu'elle prenne fin par l'exécution volontaire ou forcée de la décision de justice. C'est ce qu'on exprime en disant que le délit est continu.

Toutefois nous devons, avec la jurisprudence, distinguer deux espèces de délits continus : un délit peut se continuer tout en n'exigeant de son auteur qu'un acte initial de volonté, c'est un état délictueux persistant par lui-même, ce que l'on désigne sous la qualification de délit continu permanent ; ou bien le délit, pour se continuer, implique une nouvelle intervention de la volonté de l'agent, expresse ou tacite : c'est une activité délictueuse qui se continue ; on le désigne sous le nom de délit continu successif. Il semble bien que l'on doive ranger dans cette rubrique le délit que nous étudions, c'est l'opinion de M. Garraud : « voir si le législateur a voulu prévoir un fait ou un état (Traité théorique et pratique de Droit pénal français, tome I, n° 992). C'est aussi celle de M. Magnol (Cours de Droit criminel, p. 119, 7^e édition).

2° Mettre obstacle au droit de visite est un fait délictueux qui est consommé par un acte instantané en

lui-même, dont la durée n'est pas appréciable. Si, en effet, l'époux gardien doit conduire, le jeudi de chaque semaine, à deux heures de l'après-midi, l'enfant chez telle personne où l'autre conjoint doit le recevoir, et si volontairement il n'exécute pas son obligation, le délit commence et prend fin au même instant : ce n'est pas une activité délictueuse qui se continue et qui pourrait prendre fin le jeudi suivant, ou le lendemain, ou même à cinq heures de l'après-midi. C'est ce qu'on exprime en disant que le délit est instantané, et ainsi, tous les jeudis à la même heure, le conjoint récalcitrant commet un nouveau délit : il commet une répétition de délit ou encore un concours d'infraction.

La jurisprudence, bien fixée pour le deuxième cas, est indécise pour le premier :

Pour le deuxième cas, on peut citer : l'arrêt de la Cour de Dijon du 10 octobre 1929 (D. H., 562) : « Chaque résistance au droit de visite suppose une volonté nouvelle de résistance, un fait matériel nouveau de non-représentation et constitue chaque fois un nouveau délit » ; les arrêts de la Cour de Cassation du 10 avril 1930 (D. H., 302) et du 31 juillet 1930, précité.

Pour le premier cas, il semble que la jurisprudence penche pour la catégorie délit continu successif (1). Voir Paris, 14 décembre 1904 (S. 1905-1-254) et, pour la même affaire, Cass., 18 mai 1905 (S. 1905-1-253).

Examinons les principaux intérêts de la question :

1° LA PRESCRIPTION.

L'action publique et aussi l'action civile en réparation du dommage moral sont prescrites par trois ans. Le délai court, dans le cas de refus de rendre l'enfant

(1) Pour le développement de cette question et les textes des arrêts cités, voir Monsarrat - Thèse p. 85 à 93.

au gardien, à partir du jour où prend fin la cessation de l'activité délictueuse (du moins si l'on admet le caractère continu successif). La question n'a d'ailleurs aucun intérêt pratique car l'activité délictueuse prend normalement fin à la suite d'une poursuite : Si l'auteur du délit mettait fin volontairement à son activité délictueuse, il serait étrange de le poursuivre deux ans après (ceci met bien en relief la signification de ce délit : c'est un moyen de coercition bien plus qu'un moyen de répression). Dans le cas d'obstacle apporté au droit de visite, le point de départ du délai est le jour de chaque délit ; ceci encore n'a qu'un intérêt purement théorique.

Voici à présent des considérations d'une plus grande importance pratique :

2° LA RÉCIDIVE ET LE CONCOURS D'INFRACTION.

a) Refus de rendre l'enfant au gardien.

Quel que soit le temps qu'ait duré l'activité délictueuse, il n'y a jamais qu'un seul délit le jour où l'on poursuit. Il ne peut donc jamais y avoir réitération du même délit, c'est-à-dire concours d'infraction.

Au contraire si, après avoir été condamné définitivement, l'époux non-gardien commet à nouveau le délit, il se trouvera être en état légal de récidive s'il reprend son activité délictueuse dans les cinq ans qui suivent l'expiration de la peine.

Ici apparaît l'intérêt de la solution que nous avons admise sur le caractère successif du délit. En effet, si l'on admettait le caractère continu permanent, comme il y a état délictueux persistant par lui-même, on ne pourrait poursuivre l'auteur après une première condamnation à raison de cet état en vue de le con-

damner à nouveau, la règle : « Non bis in idem » s'y oppose.

Cette considération doit donc nous inciter à admettre le caractère continu successif du délit.

b) Obstacle au droit de visite.

Il n'est pas douteux d'abord que l'époux gardien se trouvera être en état légal de récidive s'il commet à nouveau le délit après une condamnation définitive (dans les cinq ans qui la suivent).

Ensuite, nous sommes en présence d'un exemple intéressant de réitération de délit : lorsque l'époux investi du droit de visite se décide à mettre fin à la résistance du gardien, celui-ci sera poursuivi pour avoir tel jour, puis tel autre jour, etc..., commis le délit de non-représentation : il y a autant de délits qu'il y a de refus de laisser exercer le droit de visite ; c'est un cas de concours matériel d'infractions, comprises dans la même poursuite.

Cette situation est sans influence sur la pénalité légalement encourue ; principe du non-cumul des peines, art. 365 Code Inst. Crim.

SECTION IV

LES PENALITES

Le texte est ainsi conçu : « ... Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 16 à 5.000 francs ». En fait, cette pénalité a une valeur purement intimidante et sa force d'intimidation est telle que les poursuites sont très rares.

Rappelons la pratique suivie dans les Parquets : Quand un Procureur de la République reçoit une

plainte pour non-représentation d'enfant, il adresse au conjoint qui le détient sans droit, une sommation de rendre l'enfant, faute de quoi il sera poursuivi correctionnellement.

Si la poursuite a lieu, le tribunal prononce presque toujours une peine d'amende très légère, faisant bénéficier le délinquant de l'article 463 sur les circonstances atténuantes. L'amende et les frais du procès sont recouvrés, si besoin est, par la voie de la contrainte par corps. Cette mesure coercitive suffit en général à éviter la récidive.

En cas de récidive (qui n'est prise en considération que si la peine antérieurement prononcée est une peine de prison), la peine ne pourrait habituellement dépasser le maximum de un an, sauf cas très exceptionnel où elle pourrait atteindre deux ans, d'après la jurisprudence controversée de la Cour de Cassation.

La question n'ayant qu'un intérêt théorique, nous renvoyons aux traités spéciaux (Voir Magnol, *Cours de Droit criminel*, 7^e édition, quatrième cas de récidive, arrêts cités dans les notes, p. 426).

Si le coupable a été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans.

SECTION V

LA COMPLICITÉ

Le délit de non-représentation d'enfant ne donnera lieu que très rarement à l'application des règles des articles 59 et 60 du Code Pénal sur la complicité.

En effet, aux termes de la loi de 1901, l'infraction consiste indifféremment à faire ou à faire faire : il

en résulte que le parent qui conçoit l'enlèvement et le tiers qui l'exécute sont tous deux auteurs d'un même délit : l'un est l'auteur moral ou instigateur, l'autre est l'auteur matériel.

CONCLUSION

Les éléments constitutifs du délit de non-représentation d'enfant sont aujourd'hui bien précisés par une jurisprudence constante. Désormais toute décision statuant sur la garde d'un mineur est assurée de son exécution. Les juges savent aujourd'hui que lorsqu'ils enlèvent un enfant à un époux coupable leur décision est respectée.

Puisque les dispositions du jugement de divorce sont exécutées exactement, grâce à la menace d'une peine, on pourrait être tenté de croire, à raison même de cette précision, que les magistrats éviteront de renvoyer des époux sans prononcer le divorce s'il n'y a que des griefs insuffisants, et prononceront ainsi le divorce avec plus de facilité.

Cependant je crois que cet effet n'est pas à craindre : un époux qui a des torts et qui prévoit que son conjoint se prépare à demander le divorce sera peut-être poussé à se conduire un peu mieux s'il craint de perdre les enfants et s'il a le sentiment bien net de la menace qui plane sur lui. Là est l'effet utile de la loi : ce n'est pas tant dans la précision des suites du divorce, c'est bien plutôt dans la crainte qu'elle inspire aux pères et aux mères.

Et cet effet intimidant est certain : il agit sur des personnes qui sont sensibles à la manifestation de la peine ; cette menace s'adresse à des « honnêtes gens » et non à des « malfaiteurs ».

Les tribunaux se gardent bien d'ailleurs d'user d'une sévérité inutile : bien souvent la sommation du Procureur de la République suffit, et lorsqu'une peine est nécessaire, elle est très généralement réduite à une simple amende : ce n'est qu'exceptionnellement, au cas de récidive, que l'on prononce une peine de prison.

Ces décisions sont conformes au but idéal visé qui apparaît avec une grande netteté si l'on considère le fait le moins grave, la résistance au droit de visite commis par un époux non coupable ; bien que tombant sous le coup de la loi pénale, cet époux ne peut être considéré comme un malfaiteur qu'il faut frapper d'un châtiment pénible et déshonorant ; il faut simplement le contraindre à se soumettre à une décision du juge civil ; la création d'un délit est, en notre droit, l'unique moyen possible, mais la peine qui l'accompagne ne doit pas être un châtiment pénible et déshonorant, elle doit n'être qu'un moyen de contrainte : ce résultat est obtenu par une amende que l'on peut recouvrer par la voie de la contrainte par corps. Il est regrettable cependant que cette voie de coercition soit prononcée par le tribunal correctionnel, dont les attributions consistent à prononcer des peines « correctionnelles » pour punir des personnes dont l'activité présente des dangers pour l'ordre social : une contrainte prononcée par des juges civils satisferait davantage le sentiment de justice.

En résumé, de cette intervention du droit pénal comme sanction d'une obligation civile, nous ne devons pas conclure à un abaissement de la moralité : l'époux qui veut garder son enfant agit sous l'impulsion de motifs juridiques et sociaux ; on ne peut raisonnablement lui demander de s'incliner respectueu-

sement devant une décision du juge qui lui arrache une partie de lui-même. Il est normal que les hommes n'obéissent qu'à la crainte, la vie n'est pas faite que d'héroïsme, et l'on ne peut reprocher aux hommes de n'être point des héros. Et c'est pourquoi il est parfaitement juste et légitime que la sanction pénale, par la crainte qu'elle inspire, s'ajoute à la règle civile.

DEUXIEME PARTIE

**LE DELIT
D'ABANDON DE FAMILLE**

CHAPITRE PREMIER

DES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES PREVUES PAR LES ARTICLES 301 ET 303 DU CODE CIVIL

SECTION I

INTRODUCTION

On sait que, lorsque les tribunaux prononcent un divorce, les effets de cette décision ne sont pas limités aux personnes mais intéressent aussi les biens. De même que l'époux coupable est atteint dans ses droits de puissance paternelle (d'une manière variable : déchéance totale ou simple privation du droit de garde), de même il perd les avantages pécuniaires que lui avait faits son conjoint, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage, ou qui résultent d'un mariage sans contrat (art. 299 du Code Civil). Mais il est facile de concevoir que cette déchéance n'est que partielle et que l'époux innocent qui a obtenu le

divorce à son profit conserve les avantages à lui faits par l'autre époux. C'est ainsi qu'il conservera les donations faites par le contrat (les donations postérieures sont essentiellement révocables et seraient sûrement révoquées), il bénéficiera des clauses de préciput ou de partage inégal, il profitera encore de l'enrichissement qui lui advient par le jeu naturel des règles de la communauté.

Si les époux se sont mariés sans contrat ou ne se sont faits l'un à l'autre aucun avantage, ou si ceux qui ont été stipulés sont d'une réalisation éloignée ou ne paraissent pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal peut prendre des mesures spéciales ; le Code lui permet en effet d'allouer à l'époux innocent une pension alimentaire ne pouvant dépasser le tiers des revenus de l'autre époux et révocable au cas où elle cesserait d'être nécessaire (art. 301 du C. C.).

Une question d'appréciation se pose au tribunal : quel est le sens exact des mots : « assurer la subsistance » ? Faut-il dire que le demandeur devra être dans un dénuement complet ?

Cette interprétation trop littérale doit être rejetée. La majorité des auteurs (Laurent, III, n° 358 ; Carpentier, t. I, p. 288) et la jurisprudence adoptent une interprétation large. Exemple : un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 janvier 1890 (D. 90-1-447) a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Toulouse, qui avait alloué une pension à une femme possédant déjà 5.000 francs de revenus : « On doit prendre pour base les conditions d'habitude et de fortune des deux époux ».

Il faut donc chercher à assurer à l'époux, non pas le pain quotidien, mais une situation en rapport avec

son état et sa condition, de sorte qu'il ne déchoie pas trop de la situation que le mariage lui avait assurée. Cette appréciation est entièrement de fait et échappe à tout contrôle de la Cour de Cassation.

Mais cette appréciation du juge est limitée par une autre règle contenue dans l'article 301 : « Cette pension ne peut excéder le tiers des revenus de l'époux coupable ». Il semble que le législateur ait voulu accorder à l'époux innocent une pension aussi élevée que possible, tout en évitant de placer ce dernier sur le même pied que pendant le mariage, comme il le serait si la contribution pouvait aller jusqu'à la moitié des revenus de l'autre époux. On peut aussi ajouter que la liberté de l'époux débiteur risquerait d'être entravée par une dette alimentaire trop forte, au point qu'il ne pourrait élever une nouvelle famille.

Par revenus, il faut entendre les produits de la fructification des capitaux et aussi le produit de l'exercice d'un travail, d'un commerce ou d'une profession quelconque (ce qui est bien souvent l'unique source des revenus : ouvriers, petits commerçants). La règle du maximum du tiers est obligatoire pour le juge, il ne peut la dépasser.

Cette règle ne s'applique qu'en l'absence d'enfants.

Si les enfants communs, issus de l'union aujourd'hui rompue, sont attribués à l'époux innocent, et c'est le cas le plus fréquent, le tribunal peut accorder à ce dernier une pension globale, tant pour son entretien que pour celui des mineurs. La pension a alors deux causes : l'art. 301 et aussi l'art. 303, qui justifie l'allocation de la partie de la pension dépassant le tiers des revenus de l'époux débiteur ; l'obligation de l'entretien des enfants incombe en effet aux deux époux même en dehors du mariage.

SECTION II

L'ARTICLE 301 DU CODE CIVIL

Cet article 301 a donné lieu à des discussions ininterrompues depuis la promulgation du Code en ce qui touche son fondement et son caractère.

Insistons d'abord sur le caractère essentiel que doit présenter cette pension d'après la majorité des auteurs et la jurisprudence. Cette pension est « révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire » ; elle est aussi réductible.

Si, par exemple, le décès du débiteur a donné ouverture au profit de l'époux créancier à un gain de survie annuel dont le chiffre est égal à la pension même, les héritiers du débiteur pourront être déchargés du service de la pension (Lyon 4 juin 1892 ; D. 93-2-32) ; le gain de survie est en effet un avantage suffisant.

La question se présente surtout au cas de second mariage de l'époux bénéficiaire : il semble bien que le débiteur ne doit plus être tenu à un secours alimentaire dont l'obligation est passée de plein droit au second (Seine, 10 mars 1888 ; S. 88-2-94) (1). On peut ainsi rapprocher cette solution de celle donnée par l'art. 206 : l'obligation alimentaire du gendre à la belle-mère cesse lorsque celle-ci se remarie. D'ailleurs, au point de vue moral, il serait étrange que le second conjoint vive aux dépens du premier.

Dans tous ces cas nous sommes en présence d'une amélioration survenue dans la situation du créancier. Il est bon d'ajouter qu'en l'absence d'amélioration quelconque la pension est due quel que soit le temps

(1) Cette solution est approuvée par M. G. Ripert dans sa chronique au D. H. 1927 - P. 54.

écoulé depuis le divorce, de sorte que l'époux coupable paiera beaucoup ou peu selon que son conjoint vivra plus ou moins longtemps.

L'amélioration dans la situation du créancier ne conduit pas nécessairement à une révocation. Le plus souvent il y aura lieu simplement à réduction. L'article 301 ne le dit pas. Mais doctrine et jurisprudence sont d'accord pour appliquer par analogie la règle écrite dans l'article 209, au chapitre des obligations alimentaires : « Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel que l'un ne puisse plus donner ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée » (Douai, 29 juin 1885 ; D. 86-2-206 ; — Alger, 2 février 1886 ; S. 86-2-177 ; — Laurent, III, n° 310).

Comme on le voit d'après le texte de l'article 209, le débiteur peut aussi invoquer, outre l'amélioration de la situation du créancier, l'accroissement de ses propres charges, la diminution de ses ressources pour des causes postérieures au jugement et exemptes de fraude.

Le créancier peut-il demander que la pension soit augmentée ? Oui, en cas d'accroissement des ressources du débiteur, si la pension était insuffisante dès l'origine : le droit de l'époux existait alors au jour du jugement de divorce ; il est donc juste que le tribunal puisse compléter plus tard l'œuvre qu'il n'a pu accomplir qu'en partie.

De plus, nous estimons avec la jurisprudence que la pension peut toujours être augmentée, même en cas de diminution des ressources du créancier, à condition qu'il justifie que son état de besoin est la conséquence directe du divorce et ne provient pas d'évé-

nements ultérieurs (1). En outre, la jurisprudence admet que la pension alimentaire peut être demandée par une action spéciale même après la transcription du jugement de divorce (Cass., 10 mars 1891 ; D. P. 91-1-175 ; — Montpellier 19 mars 1901 ; D. P. 1902-2-25 ; — Nancy, 21 février 1903 ; D. P. 1904-2-452).

La conclusion de cette rapide étude sera que la pension n'est pas fixée d'une façon immuable jusqu'au moment où surviendra l'une des causes d'extinction qui doivent nécessairement y mettre fin (renonciation du créancier, réconciliation suivie de nouveau mariage, mort de l'époux créancier) ; il n'y a donc jamais de chose définitivement jugée ; comme en matière d'obligation alimentaire, la pension a un caractère provisoire.

Quel est à présent le fondement de cette pension ? Plusieurs théories sont en présence.

La première, que l'on peut appeler théorie ancienne, rapproche l'article 301 de l'article 212. Elle peut se résumer ainsi : le divorce met fin au mariage, il rompt tout lien entre les époux. Cependant l'un des effets du mariage survivrait au divorce : l'obligation de secours instituée par l'article 212 du Code Civil ; l'état de mariage est un fait que l'on ne peut effacer complètement. Cette obligation de secours ne survit

(1) Voir pour la solution de cette question la note de M. Rouast sous l'arrêt du 18 octobre 1926 - D. 1927 - I-101.

La jurisprudence est d'ailleurs très large sur le lien de causalité entre le divorce et l'aggravation du dommage subi par le crédi-réntier.

Voir : Cass. Req. 9 mai 1932. Gaz. Pal. 1932-2-529 (sous note) et Cass. Req. 12 février 1934. Gaz. Pal. Journal du 22 mars 1934, rapporté in extenso quelques pages plus loin.

cependant qu'au profit de l'époux non coupable (1). A l'égard de l'autre, son extinction peut être considérée comme une déchéance supplémentaire de celle prévue par l'article 299. On explique ainsi pourquoi l'époux qui la demande doit être dans le besoin, pourquoi elle est fixée d'après la fortune de l'époux qui la doit, pourquoi elle est révocable lorsqu'elle n'est plus nécessaire (2). Cette théorie a été soutenue par la grande majorité de la doctrine au XIX^e siècle.

Cela n'a pas empêché la jurisprudence d'échafauder avec une grande persévérance un autre système :

Après le divorce, il n'y a pas persistance de l'un des effets du mariage, l'obligation de secours ; le lien conjugal est brisé dans tous ses effets ; mais alors nous voyons tout de suite apparaître un préjudice qui résulte précisément de la disparition totale des effets du mariage, et c'est ce préjudice qui nécessite la pension alimentaire. La pension « doit être considérée comme une réparation du préjudice que la dissolution anticipée du mariage, survenue sans sa faute, a causé au conjoint » (Cass., 18 octobre 1926 ; D. P. 1927-1-101).

Ces principes finirent par rallier la majorité de la doctrine, qui admit avec la jurisprudence que l'obligation de secours prend fin lors du divorce et que, le divorce causant un préjudice à l'époux non coupable, c'est pour réparer ce préjudice que la loi a établi une indemnité de remplacement.

Cette nouvelle conception a amené la jurisprudence et quelques auteurs (Planiol, dans son *Traité élé-*

(1) C'est de là que vient la nécessité d'un texte spécial.

(2) Voir Laurent, *Droit Civil Français*, T. III, numéro 311, et auteurs cités par Collet, thèse : *L'obligation alimentaire de l'article 301*, p. 33 à 36.

mentaire, t. I, n° 1259) à considérer l'article 301 comme étant une application du principe contenu dans l'article 1382 : Quiconque a, par sa faute, causé un préjudice à autrui est obligé d'indemniser la personne lésée. Tant que le mariage durait, il constituait pour chacun des conjoints une situation acquise, sur laquelle il pouvait compter ; la communauté de vie permettait à l'époux pauvre de participer au bien-être de son conjoint, brusquement, par la faute de celui-ci, ces ressources lui manquent et il se trouve plongé dans le besoin : c'est le cas ou jamais de faire subir au coupable la responsabilité de ses fautes.

On voit ainsi que cette obligation repose sur une idée toute différente de celle de l'article 212 : ce n'est plus un devoir entre conjoints puisqu'il n'y a plus de conjoints, c'est l'obligation de réparer pécuniairement les conséquences d'un acte illicite et dommageable. Cette obligation après divorce a au plus haut degré le caractère d'une indemnité : c'est une dette civile et non plus une dette alimentaire. L'époux coupable répond d'un délit civil.

De ce fondement la jurisprudence a déduit une conséquence toute naturelle : l'intéressé peut renoncer à la pension, la céder, transiger, à plus forte raison, si c'est la femme, renoncer à l'hypothèque légale.

Mais ce système prêtait à de sérieuses objections : si l'indemnité de l'article 301 est la réparation d'un délit civil, on ne s'explique plus les caractères que nous avons indiqué : la réparation d'un délit ne tient pas compte des situations de fortune et elle a un caractère définitif ; de plus, la renonciation n'est pas désirable.

Nous devons donc nous défaire de cette idée fâcheuse d'obligation civile à laquelle nous conduit le ratta-

chement de l'article 301 à l'article 1382. C'est ce que pense M. Planiol, dans son *Traité élémentaire*, précité : « Le fondement donné à la pension allouée en vertu de l'article 301 a fait parfois oublier qu'elle avait un caractère alimentaire ».

Ce rattachement de l'article 301 à l'article 1382 paraît d'autant plus malencontreux que la jurisprudence, nous le verrons dans la quatrième partie de cet ouvrage, applique cumulativement les deux articles.

Nous disons donc avec M. Ripert (D. H. 1927, Chronique, p. 55), que « cette pension est bien au contraire la traduction juridique d'une obligation morale » : nous sommes dans le domaine de la morale, règle morale précisée il est vrai par un texte positif, et cette règle morale ne reste telle que si aucune convention ne vient la modifier. C'est, en effet, un principe constant depuis des siècles que la personne humaine est en dehors du commerce juridique, elle est placée avec ses différents attributs au-dessus des conventions. Son intégrité physique et morale, son indépendance, sa dignité, sont d'ordre public ; ce ne sont point là des valeurs patrimoniales. D'où, à notre avis, les conventions qui suppriment ou affaiblissent cette règle morale devraient être considérées comme contraires aux bonnes mœurs. La pension de l'article 301 vise en effet le même but que celle prévue par l'article 212 : permettre au conjoint de garder, grâce aux ressources qui lui sont allouées, une certaine dignité de vie ou un certain bien-être. Il y a donc entre la conception matérielle de l'indemnité basée sur l'article 1382 et la conception plus idéale que nous proposons, une différence essentielle : Selon notre conception, nous affirmons que les juges reçoivent de la loi le droit de régler le statut du conjoint divorcé : ils ont

un contrôle permanent de la situation, et on ne peut admettre que les conjoints aient le droit de modifier eux-mêmes la décision de justice sur la vie matérielle qui doit désormais être la leur.

La jurisprudence, si elle persistait dans la voie qu'elle a tracée, prendrait trop de liberté avec le point de vue proposé : la personne humaine ne planerait plus au-dessus des intérêts matériels dans les régions extra-patrimoniales ; — elle deviendrait elle-même matière à tractation ou à combinaisons (1) : ces renonciations peuvent être dues à la crainte ; il faut les rendre impossibles ; il faut considérer l'article 301 comme étant une règle morale au même titre que l'article 212, et donc impérative.

Nous dirons donc que l'obligation morale (ou légale) de secours est remplacée après le divorce par une obligation de même nature qui n'en est que le prolongement, mais qui n'est plus réciproque et change de nom : L'obligation de secours, devenue unilatérale, s'est transformée en obligation alimentaire. Elle obéit donc aux règles générales des pensions alimentaires.

Telle est la conception de la doctrine toute récente. Nous verrons plus loin que la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation semble s'être rangée à cette nouvelle opinion.

D'ailleurs, une loi récente, la loi du 4 août 1930, insérée au Code du Travail, livre I, article 62, traitant de la saisie des salaires et traitements, cite l'article 301, à côté de l'article 212, sous la rubrique « dettes alimentaires ».

Enfin la Chambre des Requêtes de la Cour de Cas-

(1) Voir Josserand - Dalloz Hebdomadaire 1932 - Chronique p. 1.

sation n'a plus aucune hésitation quant au caractère alimentaire de la pension. C'est ce qui résulte des termes du dernier arrêt en date (Cass. Req., 12 février 1934 ; Gaz. Pal., n° du 22 mars 1934).

« Attendu que si la pension allouée dans les limites de l'article 301 Code Civil à l'époux qui a obtenu le divorce *a son fondement dans le dommage* qu'a pu lui causer la dissolution prématurée du mariage, *elle n'en a pas moins un caractère alimentaire* variable suivant les besoins de l'époux créancier et les ressources de l'époux débiteur ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué, d'une part, que la dame Boulle, d'une santé déjà précaire à l'époque où son mari a été condamné à lui payer une pension de 150 francs par mois, a vu son état s'aggraver et ses moyens d'existence provenant de son travail diminuer, et que, d'autre part, Grac, dont la promotion à un grade supérieur dans l'armée a augmenté sensiblement les ressources, est en mesure de supporter aisément l'augmentation de la pension dont il est redevable... ».

(La Cour d'Appel de Lyon avait élevé la pension à 350 francs).

**

Après avoir ainsi déterminé quels sont les devoirs d'un époux coupable vis-à-vis de son ex-conjoint et comment ils sont précisés par la loi et par le juge, examinons à présent les devoirs de l'époux envers ses enfants, le texte de loi qui les précise, l'interprétation qui en est donnée par le juge.

SECTION III

L'ARTICLE 303 DU CODE CIVIL

Il ne saurait être question dans cet ouvrage de l'obligation alimentaire qui existe entre un père ou une mère et ses enfants et qui résulte en droit de la combinaison des articles 205 et 207 du Code Civil. Cette obligation alimentaire réciproque découle de la parenté : elle existe en dehors du mariage entre parents naturels, elle existe pendant le mariage entre les parents et les enfants, elle subsiste entre ces mêmes personnes après le divorce, sans que celui-ci ait une influence quelconque sur cette obligation, car le lien de parenté entre eux et les enfants n'est pas atteint.

Mais il est à la charge des parents et au profit de leurs enfants légitimes une autre obligation qui, elle, n'est pas réciproque, mais bien unilatérale, et qui prend fin à la majorité de l'enfant : c'est l'obligation d'entretien et éducation de l'enfant dont les parents ne sont tenus qu'au cas d'insuffisance des revenus propres à l'enfant, ce qui est d'ailleurs le cas habituel. Ce devoir moral est écrit dans l'article 203 du Code Civil : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Ce devoir persiste après le divorce, il est alors réglementé par l'article 303 du Code Civil : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les pères et mères conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ».

L'époux gardien continue comme par le passé à

payer les dépenses d'entretien et éducation, l'époux non gardien est condamné à servir une pension arbitrée par le juge.

Mais, qui est créancier de cette pension ? est-ce les enfants ou est-ce leur gardien ? Logiquement ce sont les enfants.

Seulement, comme l'enfant n'a pas l'exercice de ses droits, la pension est versée à la personne ayant l'administration des biens des enfants (généralement le gardien, et habituellement l'autre conjoint), qui la reçoit à titre de représentant légal des enfants. La pension a, d'après la jurisprudence, un caractère alimentaire (Aix, 2 juin 1909 ; D. P. 1910-2-335).

Cependant une grosse difficulté se présentait lorsque l'époux débiteur ne payait pas. M. Planiol nous dit en effet, au tome I de son *Traité Élémentaire* (11^e édition, n^o 1686) : « du vivant des deux époux, personne n'a qualité pour intenter l'action au nom de l'enfant ». Il fallait qu'une action appartienne au conjoint en son nom personnel. C'est pourquoi les tribunaux ont été conduits à attribuer la pension au conjoint gardien qui est le créancier ; mais elle ne présentait alors aucun caractère alimentaire : c'est ce qui résultait d'un arrêt de la Cour de Cassation du 18 octobre 1904 (D. P., 1905-1-301) : « la dite créance, étant uniquement destinée à rembourser pour partie l'époux gardien des dépenses mises à sa charge, n'avait point vis-à-vis de lui et dans les rapports des époux entre eux le caractère alimentaire ».

D'où elle n'était pas indisponible et, dans les relations des époux entre eux, le créancier pouvait la compenser avec des reprises dues à l'époux débiteur ; il pouvait même y renoncer.

Cette conception a fait place, dans deux arrêts ré-

cents, à une conception exactement contraire (Cass., 3 et 26 juillet 1928 ; D. P. 1929-1-9, et la note de M. Savatier).

C'est le conjoint qui est normalement créancier de cette pension : son droit résulte du fait même du mariage. Cette nouvelle solution est une simplification des rapports existant entre les parents et les enfants : la pension n'est plus versée à des enfants en bas-âge qu'il faut représenter, mais à la personne qui les entretient ; en outre, cette nouvelle solution présente des garanties particulières : lorsque cette pension est due par le mari à la femme, son paiement est assuré par l'hypothèque légale (les enfants n'avaient auparavant, dans ce cas, aucune sûreté : il n'y avait pas d'hypothèque légale car il n'y avait pas de tutelle).

De plus, cette pension est une pension alimentaire ; elle est indisponible, ainsi d'ailleurs que l'hypothèque légale garantissant son paiement.

La Cour de Cassation justifie sa solution en rapprochant l'article 303 de l'article 203 : l'obligation d'entretenir les enfants existe pour chaque époux non envers les enfants, mais à l'égard de l'autre conjoint ; c'est le sens des mots « contractent ensemble », « par le seul fait du mariage », de l'art. 203 du Code Civil.

Nous conclurons de ce revirement que l'obligation des époux de se soutenir pour l'entretien et l'éducation des enfants communs est contractée par chacun envers son conjoint et qu'elle est indestructible. Par elle, les époux sont liés l'un à l'autre, même après le divorce, qui désormais n'anéantit le devoir de secours que dans leurs rapports individuels, (n'oublions pas cependant qu'il ne disparaît pas complètement, et qu'il subsiste, quoique transformé, à la charge du coup-

ble, art. 301), mais qui ne l'anéantit pas dans leurs rapports de parents.

Observons, en terminant, que cette obligation d'entretien est profondément distincte de la pension alimentaire à laquelle le conjoint coupable peut être condamné. Elle existe également pour le parent qui a obtenu le divorce et pour celui aux torts duquel il a été prononcé. Si donc la garde des enfants est confiée au coupable, l'autre doit lui remettre sa contribution à l'entretien des enfants, bien qu'il ne lui doive rien à lui-même, et qu'il ait même le droit d'obtenir de lui la pension prévue par l'article 301.

CHAPITRE II

MOYENS CIVILS PAR LESQUELS EST ASSURE OU GARANTI LE PAIEMENT DES PENSIONS ALIMENTAIRES FONDEES SUR LES ARTICLES 301 ET 303

Cette pension ne peut être acquittée qu'en argent et jamais en nature, son service ne peut astreindre le créancier à une obligation quelconque de résidence.

Il faut craindre la défaillance du débit-rentier.

Il est admis cependant qu'un tribunal n'a pas le droit de faire ce que font des personnes qui s'obligent par contrat, déterminer une sûreté (caution, nantissement, séquestre), ni imposer à l'époux débiteur des garanties spéciales pour répondre du paiement régulier de la pension.

L'un et l'autre conjoint ont à leur disposition l'hypothèque judiciaire : tant que la pension subsiste, le créancier a le droit de prendre inscription sur les immeubles de l'époux débiteur. De nombreuses décisions

de jurisprudence admettent que la créance spéciale à la femme bénéficie de la garantie complémentaire de l'hypothèque légale (1).

Des doutes subsistent encore sur la date à laquelle remonte, quant à ses effets, cette hypothèque légale ; c'est la controverse classique sur l'interprétation de l'article 2135 du Code civil : jour du mariage ou jour où s'est produit le fait qui a rendu la femme créancière de son mari ; le cas n'étant pas prévu par le texte, l'assimilation à la situations prévue par le paragraphe 3 paraissant impraticable (la femme ne s'est pas obligée envers son mari), nous adopterons l'interprétation de la jurisprudence qui, en l'espèce, est très favorable à la femme (Paris, 5 juin 1905 ; D. 1908-2-129, note de M. de Loynes ; et arrêts de la Cour de Cassation des 3 et 26 juillet, précités) (2).

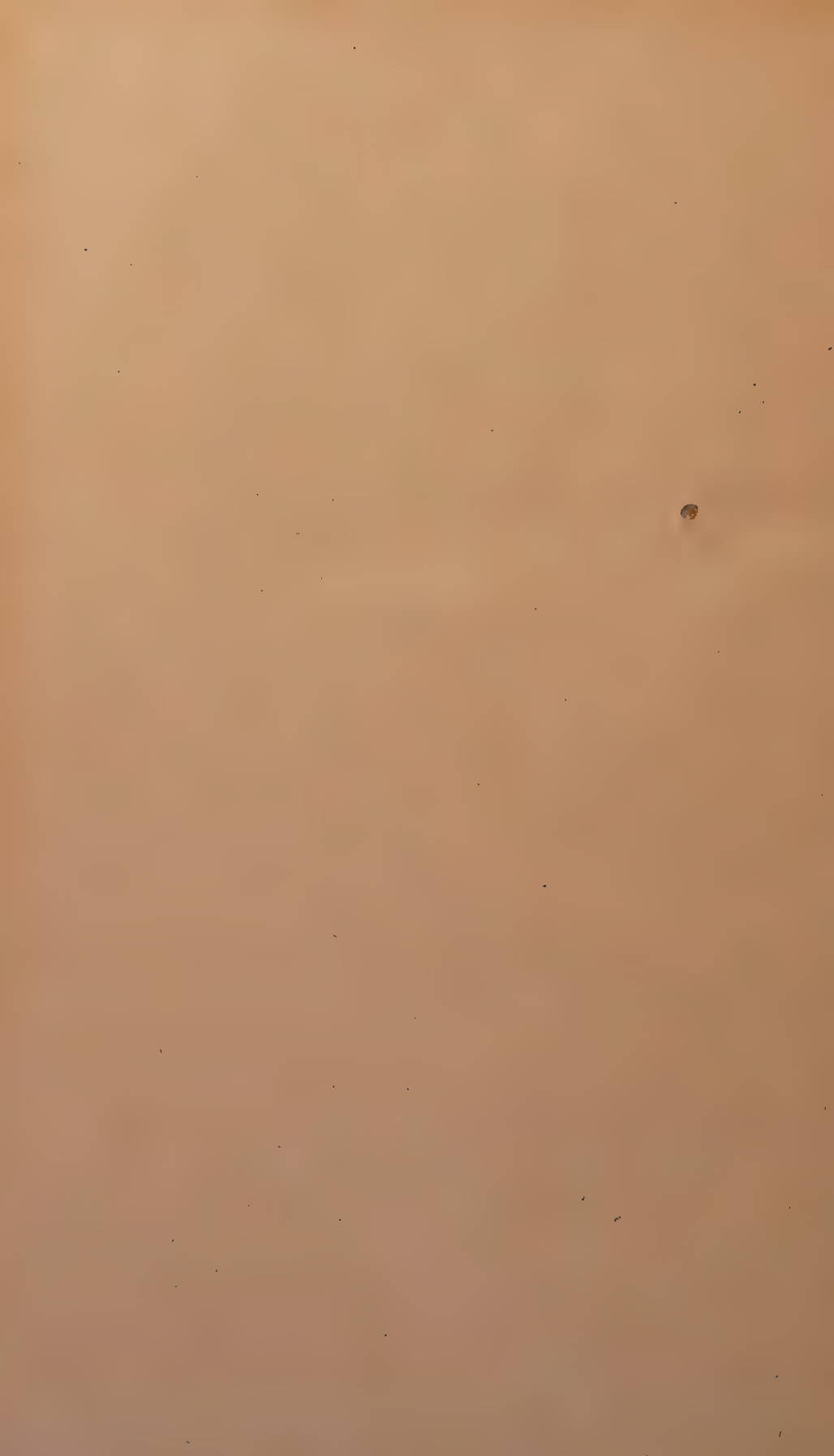
En ce qui concerne les voies d'exécution sur les biens du débit-rentier, nous renvoyons à la première partie de cet ouvrage, chapitre II, 3°, et nous ajoutons quelques observations en ce qui concerne la saisie-arrêt : si le débiteur paie irrégulièrement ou ne paie pas du tout, l'époux créancier, pratiquant une saisie-arrêt sur les créances de son débiteur, jouit de l'avantage de pouvoir frapper d'opposition, grâce au caractère alimentaire de l'indemnité, certains biens normalement insaisissables ; c'est ainsi qu'il peut saisir : les fruits du bien de famille constitué en application de la loi du 12 juillet 1909 (art. 10) ; une plus

(1) Cette hypothèque légale n'est pas dépourvue d'efficacité. Voir les effets curieux qui se produisent dans le cas de l'article 308 signalés par M. Savatier dans sa dissertation sous cassation Req. 3 et 26 juillet 1928 précité (2^e partie de la dissertation).

(2) La date de l'hypothèque est donc fixée au jour du mariage.

grande partie du traitement d'un fonctionnaire ou d'un salarié (Code du Travail, livre I, article 62).

D'une manière générale, ces sanctions civiles consistant à saisir des biens ou des salaires sont impraticables : la fortune mobilière est facile à dissimuler, la saisie des salaires est souvent fort difficile et fort coûteuse vu l'éloignement fréquent et voulu du débiteur. Il est inutile aujourd'hui d'approfondir ces difficultés et de leur chercher une solution (ce n'est d'ailleurs pas le rôle du criminaliste). En effet, les tribunaux ont porté remède à cet état de choses ; ils ont renouvelé la tentative déjà effectuée à la fin du siècle précédent pour les faits qui ont été étudiés dans la première partie de cet ouvrage, le recours au droit pénal ; et c'est ainsi qu'ils ont appliqué aux faits qui nous intéressent une loi du 7 février 1924 réprimant le délit d'abandon de famille.



CHAPITRE III

L'INTERVENTION DE LA LOI PENALE LES DIFFICULTES DE PRINCIPE SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE

La loi du 7 février 1924, modifiée par celle du 3 avril 1928, est ainsi conçue :

LOI DU 7 FEVRIER 1924

Réprimant le délit d'abandon de famille

Article premier (L. 3 avril 1928). — Sera tenu pour coupable d'abandon de famille et sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an, ou d'une amende de cent à deux mille francs (100 à 2.000 fr.), toute personne qui, au mépris d'une décision rendue contre elle en vertu de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamné à fournir une pension alimentaire à son conjoint, à ses descendants ou à ses ascendants, sera volontairement demeurée plus de

trois mois sans fournir les subsides déterminés par le juge ni acquitter les termes de la pension.

En cas de récidive, la peine de l'emprisonnement sera toujours prononcée. Toute personne condamnée pour abandon de famille sera privée de ses droits civiques.

Les pères et mères pourront, en outre, être déchus de la puissance paternelle. Il pourra être fait application de l'article 463 du Code Pénal.

Article 2. (L. 3 avril 1928). — Le tribunal compétent pour connaître du délit sera celui dans la circonscription duquel la pension devait être payée ou les subsides fournis.

Le titre de pension et tous actes de poursuite ou d'exécution auxquels il aurait été procédé devront être déposés entre les mains du Procureur de la République en même temps que la plainte.

1° LE VOTE DE LA LOI.

C'est ce texte que les tribunaux ont invoqué pour assurer le paiement de la pension due en vertu des articles 301 et 303.

Si aujourd'hui la question doit être considérée comme tranchée dans le sens qu'ont voulu les tribunaux, cela n'a pas été sans de sérieuses discussions.

Toute la question est en effet de savoir si l'on peut considérer la pension de l'article 301 comme une pension « entre conjoints » (n'oublions pas la règle « *nulum crimen, nulla paena sine lege* »). La Cour de Cassation Française l'admet, la Cour de Cassation Belge ne l'admettait pas encore en 1930 (arrêt du 17 février 1930, cité plus bas).

M. Pierre Girault, en dernière page de sa thèse sur l'Abandon de famille, écrit : « La loi du 7 février 1924

ne doit être considérée que comme un premier pas timide dans la voie de la répression » (Il veut dire que le texte est insuffisant, que la loi ne s'applique pas à un assez grand nombre de situations) . « Il en reste un plus grand à faire, c'est au législateur de demain à l'accomplir ».

On a déjà vu, dans la première partie de cet ouvrage, qu'entre une loi incomplète et la correction du législateur se place l'intervention de la jurisprudence qui, en contact permanent avec les faits, s'efforce d'appliquer les textes aux situations révélées par la pratique.

L'œuvre de la Jurisprudence méritera donc un examen détaillé. Disons d'abord quelques mots du vote de la loi.

C'est le 23 février 1923 que M. Louis Marin déposait sur le bureau de la Chambre une proposition tendant à réprimer le délit d'abandon de famille.

Un an plus tard, la loi était votée. M. Marin a dit lui-même qu'on s'est limité au « but pratique de faire entrer, même sous une forme étroite et insuffisante, l'abandon de famille dans la législation pénale ».

Il semble, par ces mots, que les rapporteurs et, par une conséquence nécessaire, les membres des Assemblées législatives, se sont rendus compte qu'ils faisaient une loi incomplète ; les tribunaux pouvaient implicitement se croire autorisés à l'adapter aux besoins de la pratique.

Nous voyons ainsi combien il est difficile d'observer rigoureusement le principe de la légalité des délits et des peines. Le législateur ne peut tout prévoir, il ne peut non plus apporter rapidement à la loi les additions dont l'utilité est révélée par l'usage ; le législateur d'aujourd'hui ne peut être universel, il manque

de temps ou même le perd en discussions stériles, et force est donc aux tribunaux, qui eux ne peuvent attendre, de se livrer à l'opération que l'on qualifie d'interprétation de la loi.

Les tribunaux, se trouvant en présence d'une situation non prévue expressément par les textes, ont dû fatalement consulter les travaux préparatoires de la loi : ils n'y ont trouvé que la plus complète imprécision.

La loi de 1924 a pour origine une note communiquée à la Société d'Etudes Législatives, en 1902, par M. Charmont, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier ; il proposait, pour punir efficacement l'Abandon de famille, d'en faire un délit, la fréquence de l'abandon et les conséquences qui en résultent, pauvreté, maladie, mortalité, inconduite de la femme, démoralisation de l'enfant, vagabondage, criminalité, ayant pour causes premières son impunité. « On se plaint du nombre croissant des unions libres, mais la société ne se sent-elle pas en partie responsable ? »

Il justifiait cet appel au droit pénal en citant les législations étrangères qui, déjà à cette époque, punissaient l'abandon de famille.

La question fut reprise en 1913 à la Société Générale des prisons, par M. Albert Tissier, professeur à la Faculté de Droit de Paris (1).

Elle réapparut en 1923, par le dépôt de la proposition de loi précitée. M. Marin s'était inspiré du rapport de M. Tissier : Il réduisait l'incrimination de l'abandon au cas d'inaccomplissement d'obligations matérielles déjà sanctionnées par un jugement préalable.

M. Garçon, à la séance du 1^{er} février 1924, de la pre-

(1) Sur toute cette question, voir la thèse de M. Livinéc.

mière section de la Société Générale des Prisons, proposait de « donner une sanction pénale à l'obligation sociale, prévue par le Code Civil, d'éducation et d'assistance, qui s'ajoute à celle de subsistance », indépendamment, par conséquent, d'une décision de justice statuant sur des matières pécuniaires.

Un point certain c'est que nulle part, dans les travaux préparatoires, il n'a été question des époux divorcés et de l'article 301. C'était, au regard des questions que l'on agitait (rapports entre conjoints, ascendants et descendants), un petit détail.

2° JURISPRUDENCE CRIMINELLE.

Les tribunaux avaient donc toute latitude. Des divergences étaient inévitables. La Cour de Paris, par deux arrêts du 10 mars 1926 (rapporté au D. P. 1926-2-97) et du 2 décembre 1926 (D. H. 1927, p. 40), et la Cour de Douai, par arrêt du 27 mai 1927 (au D. P. 1923-2-32), ont décidé que le conjoint divorcé qui ne paie pas la pension qu'il a été condamné à payer en vertu de l'article 301, ne commet pas le délit d'abandon de famille. Par contre, le Tribunal Correctionnel de Rochefort, par jugement du 11 mars 1926 (D. H. 1926, p. 279), le Tribunal Correctionnel de Marseille, le 10 juillet 1926 (D. H. 1926, p. 544) avaient estimé que la loi du 1^{er} février 1924 pouvait être invoquée pour sanctionner le paiement de la pension.

La Cour de Cassation fut bientôt appelée à statuer et décida, dans son arrêt du 5 août 1927 (D. P. 1928-1-32), que l'époux divorcé qui ne paie pas la pension basée sur l'article 301 commet le délit d'Abandon de famille ; elle reprit la même idée dans l'arrêt du 11 février 1928 (D. H. 1928, p. 201), de sorte que, depuis, on peut considérer la Jurisprudence comme fi-

xée. D'ailleurs les tribunaux appliquent fréquemment la loi de 1924 à un divorcé récalcitrant.

Pour écarter l'application de la loi de 1924, la Cour d'Appel de Paris faisait un raisonnement en apparence très logique : la loi exige une pension légalement due au conjoint. Or le divorce met fin d'une façon absolue aux effets du mariage, il n'y a donc plus de conjoints, donc la pension que le jugement alloue après la prononciation du divorce n'est pas attribuée à un conjoint mais à quelqu'un qui ne l'est plus il en résulte que le débiteur qui abandonne son ex-femme n'abandonne pas sa famille, cette famille n'existe plus...

M. Nast, qui commente cet arrêt, ajoute l'observation suivante : le divorce met fin à l'obligation alimentaire entre époux ; si un jugement de divorce attribue une pension à l'époux innocent, c'est parce que la rupture du devoir de secours due à la faute de l'époux coupable a pu causer un préjudice à l'époux innocent ; d'ailleurs, la pension allouée par application de l'article 301, bien qu'elle ait un certain caractère alimentaire, a, avant tout, un caractère indemnitaire. Or, on ne peut étendre la loi du 7 février 1924 à l'inexécution d'une dette qui a sa source dans un préjudice et non dans un devoir de famille.

M. Nast avait cherché à justifier la Cour de Paris.

Peut-être n'était-il pas bien convaincu, car, lorsque la Cour de Cassation Belge rendit dans le même sens, le 17 février 1930, un arrêt rapporté au D. P. 1930-2-78, il semble, dans une nouvelle annotation, se ranger, cette fois, à la thèse de la Cour de Cassation Française, exprimée par l'arrêt du 5 août 1927 et celui du 11 février 1928. Dans ces arrêts, la Cour de Cassation s'exprime ainsi : « Attendu que pour l'application

» de cette loi (1^{er} fév. 1924), il importe peu que l'époux
» au bénéfice duquel le divorce a été prononcé ait per-
» du la qualité de conjoint, dès lors que c'est en cette
» qualité qu'il a obtenu une pension alimentaire,
» qu'en effet la loi du 7 février 1924 a eu pour objet
» de réprimer l'abandon de famille, et que celui des
» époux dont les torts ont motivé la décision de di-
» vorce à la requête de son conjoint doit être consi-
» déré comme s'étant par sa faute rendu coupable
» de l'abandon dans lequel se trouve ce dernier. »

Précisons qu'il s'agissait dans la première espèce d'une pension mensuelle de 200 francs, basée sur l'article 301, attribuée à une femme sans enfants.

Ces arrêts mettent fin aux hésitations de la doctrine et de la jurisprudence. La Cour de Cassation passe par-dessus l'objection : après divorce il n'y a plus de conjoints ; la pension basée sur l'article 301 est une pension entre conjoints.

Un auteur, qui signe M. N, et qui est probablement M. Nast, indique qu'à son avis l'interprétation donnée par la Cour de Cassation est juste en théorie, mais qu'elle est peu conforme à la règle que la loi pénale ne doit pas être interprétée d'une manière extensive.

On peut soutenir en effet que la Cour de Cassation applique la loi de 1924 à une situation qui n'est pas prévue par le texte. Cependant, M. Ripert, dans sa Chronique (D. H. 1927, 54), affirme que l'interprétation de la Cour de Cassation se justifie aisément : nous devons comprendre dans la définition légale tous les faits qui y rentrent normalement.

3° RÉACTION DE LA JURISPRUDENCE CRIMINELLE SUR LA JURISPRUDENCE CIVILE.

A mon avis, voici comment, par ces arrêts, se fait sentir l'influence de la conception de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation quant aux caractères de la pension basée sur l'article 301 :

La Chambre Criminelle, en soumettant à la loi de 1924 le fait du non paiement de la pension due en vertu de l'article 301, rapproche irrésistiblement et victorieusement cet article de l'article 212.

On peut dire que cette Chambre a interprété ainsi à sa manière une loi civile selon la méthode d'interprétation de la loi civile ; et ceci est une preuve de plus de l'interpénétration réciproque du droit pénal et du droit civil. Légalement, on ne peut ainsi accuser la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation d'avoir interprété extensivement une loi pénale en l'appliquant à une hypothèse évidemment non prévue par le législateur, puisqu'elle a déterminé la portée d'une loi civile.

Elle paraît, en conséquence, avoir eu une pensée différente de celle de la Chambre Civile qui, jusqu'à ces dernières années, rapprochait l'article 301 de l'article 1382 et permettait la renonciation à la pension en conséquence de son caractère mixte, à la fois indemnitaire et alimentaire.

Que conclure de cette contradiction ?

Il nous apparaît que la Chambre Criminelle, en rapprochant l'article 301 de l'article 212 revient à la conception doctrinale du xix^e siècle ; il n'est plus vrai alors de dire que le divorce est la rupture complète des liens du mariage : le mariage est dissous, c'est vrai, mais ses effets se prolongent après son existence ; l'obligation de secours subsiste à l'égard du coupable et le

pouvoir social en assure le respect, grâce à la sanction énergique de la loi pénale.

On se rend ainsi compte de l'importance de l'opération dénommée interprétation de la loi : selon le sens que les tribunaux civils et criminels donnent à l'article 301, le caractère du divorce est complètement transformé ; si la renonciation à la pension est possible, les ex-époux sont complètement libres l'un de l'autre ; si elle est impossible, les époux sont encore liés par une obligation énergiquement sanctionnée.

A un autre point de vue, remarquons combien il est difficile d'observer le principe de la différence entre l'interprétation civile et l'interprétation criminelle : au lieu de se contrarier, elles devraient s'unir pour faire produire aux lois leur maximum d'efficacité.

Nous avons besoin d'abord d'un moyen intimidant et coercitif ; amende et contrainte par corps ; ensuite, en cas de récidive, d'un moyen répressif : la prison ; ce sont exactement les termes de la loi qui s'ajuste fort bien à la nouvelle situation. L'œuvre de la Chambre Criminelle paraît donc inattaquable. Mais elle a été en contradiction momentanée avec la jurisprudence civile, qui a dû, en considération du but visé, reconnaître à la pension son véritable caractère de pension alimentaire (Cass. Req, 16 décembre 1931 ; G. P. 1932-1-423 ; — 9 mai 1932 ; G. P. 1932-2-529 ; — 12 février 1934 ; G. P., n° du 22 mars 1934).

Il semblerait enfin que l'interprétation donnée par la Chambre Criminelle à la loi de 1924 et à l'article 301 ait motivé les arrêts de 1928 de la Chambre Civile analysés ci-dessus : c'est le désir de rendre possible la sanction pénale du non paiement de la pension basée sur l'article 303 qui a probablement poussé la

Chambre Civile à rapprocher l'article 303 de l'article 203 et à qualifier d'alimentaire la pension prononcée en vertu de l'article 303, même si elle est due à l'ex-conjoint en son nom personnel.

On aperçoit ainsi un parallélisme parfait entre les deux évolutions : d'une part, la pension due à l'ex-conjoint pour son entretien personnel, prévue par l'article 301, est le remplacement du devoir de secours qui existait pendant le temps du mariage et a le même caractère alimentaire, ce qui entraîne la sanction pénale au cas d'inexécution ;

d'autre part, la pension due à l'ex-conjoint pour compenser la charge de l'entretien des enfants, prévue par l'article 303, est, d'après la jurisprudence, la traduction après le mariage de l'obligation d'entretien des enfants existant pendant le mariage et prévue par l'article 203, et a, elle aussi, un caractère alimentaire.

Dès lors, puisque la jurisprudence de la Chambre Civile lui reconnaît ce caractère, le paiement de cette pension pourra être lui aussi assuré par la sanction énergique de la loi pénale.

La Chambre Criminelle, appelée à statuer, n'a pas manqué de se prononcer dans ce sens. Par arrêt du 30 juillet 1931 (G. P. 1931-2-530 et D. H. 1931, p. 476) elle décide que, en cas de non paiement par le mari de la pension qu'il est tenu, après divorce prononcé aux torts de la femme, de verser à celle-ci, à titre de contribution à l'entretien de l'enfant commun, dont la garde a été confiée à la femme, l'article premier de la loi de 1924 doit recevoir son application et la compensation ne peut légalement s'opérer entre la dette du mari dont l'enfant est bénéficiaire et les arrérages de la pension que la femme est condamnée à servir au mari.

CHAPITRE IV

APPLICATION DU PRINCIPE PRINCIPALES DIFFICULTES

Le principe de l'intervention de la loi pénale pour assurer le paiement des diverses pensions alimentaires dues à un ex-conjoint étant admis, il nous reste à indiquer succinctement les autres difficultés que présentent ces nouveaux cas d'application de la loi de 1924.

SECTION I

ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT

Vu le principe jurisprudentiel dégagé au chapitre précédent, on peut ainsi les préciser :

1° LE FAIT MATÉRIEL.

Il peut se décomposer en trois éléments :

a) Une condamnation antérieure, contenue dans le

jugement de divorce ou postérieure à lui, à une pension accordée à l'ex-conjoint, soit en vertu de l'article 301 pour lui-même, soit en vertu de l'article 303 pour le rembourser des dépenses d'entretien des enfants.

Il importe de bien remarquer qu'il ne peut y avoir d'abandon de famille en l'absence d'une décision de la justice civile définissant l'obligation de famille. En effet, si nous prenons le cas où une femme coupable n'est pas condamnée à servir une pension à son mari en raison de l'importance de la fortune de celui-ci au moment du divorce, et si nous supposons que plus tard le mari tombe dans le dénuement, on ne pourra pas poursuivre cette femme pour abandon de famille si elle connaît la situation nouvelle de son ex-mari et ne lui vient pas en aide.

Donc l'intervention du droit pénal est soumise à la condition sine qua non de l'existence d'un jugement civil.

Ce jugement civil doit émaner d'un tribunal civil français.

La Cour de Cassation a dû intervenir pour assurer l'application de cette règle. S'il est exact que la loi sur l'abandon de famille s'impose aux étrangers résidant en France, il n'en reste pas moins vrai qu'un jugement étranger, prononçant le divorce et condamnant le mari à verser une pension à la femme pour les enfants, ne peut servir de base à une poursuite en abandon de famille en France, s'il n'y est pas devenu exécutoire par la formalité de l'exequatur. La Cour de Cassation a cassé, le 24 décembre 1932 (D. H. 1933, p. 101), un arrêt correctionnel de la Cour d'Appel de Paris, du 19 mars 1932, qui, saisie d'une poursuite pour abandon de famille, à raison de la non-exécution, à la suite du divorce, par le mari, des obli-

gations alimentaires mises à sa charge, envers sa femme, par le tribunal civil suisse, non revêtu de la formalité de l'exequatur, avait cru pouvoir passer outre, dans l'intérêt de la répression, au non accomplissement de cette formalité par le juge compétent, avait déclaré elle-même ce jugement exécutoire en France et prononcé une condamnation envers le prévenu.

b) L'inexécution de cette condamnation par le conjoint contre lequel elle est prononcée.

Il est intéressant d'envisager l'hypothèse exceptionnelle mais fréquente en fait où le débiteur décède avant son conjoint. On sait qu'en règle générale l'obligation alimentaire prend fin par le décès de celui qui la doit. Elle ne passe pas aux héritiers. Cependant la jurisprudence civile admet une exception ; la pension due en vertu de l'article 301 est due jusqu'au décès de l'époux innocent par les héritiers du coupable.

Une question se pose alors : l'héritier qui ne paie pas la pension commet-il le délit d'abandon de famille ?

Soutenir que le père ou la mère, héritier d'un époux coupable, qui ne paie pas la pension due en vertu de l'article 301 à l'ancien gendre ou à l'ancienne belle-fille, comme le délit, n'est pas déraisonnable. On pourrait donc, si l'on voulait, voir dans cette abstention une activité délictueuse ; (je dois dire qu'à mon point de vue ce serait pousser un peu loin la protection qui est due à l'époux innocent).

Mais il faudrait pour cela un texte, et ce texte n'existe pas. D'ailleurs, sans qu'il soit besoin de se préoccuper des textes, rappelons simplement le grand principe de la personnalité des peines : on ne peut frapper d'une peine que celui qui a commis une faute, et seul le conjoint a commis une faute.

L'on peut soutenir, il est vrai, que la sanction pénale n'est ici que la sanction de l'inexécution d'une obligation civile et que cette sanction n'est « pénale » que par nécessité, vu l'insuffisance des sanctions civiles.

Sans doute, si les sanctions pénales d'une obligation civile étaient des « peines spéciales », si nous avions en France un système de peines parallèles, les unes répressives, les autres simplement coercitives, ou plus simplement encore, épreuve de solvabilité et simple contrainte par corps, on pourrait les appliquer aux héritiers de l'époux coupable. Mais, dans l'état actuel de notre système pénal, le juge ne peut pas, de sa propre autorité, considérer comme un « délinquant » l'héritier de l'époux coupable qui ne paie pas la pension.

c) L'inexécution de l'obligation continuée pendant un certain temps.

Il faut, en effet, que le débiteur se soit abstenu de payer pendant trois mois : jusque-là le délit d'abandon de famille n'est pas assez caractérisé pour motiver l'intervention du juge répressif. Il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1926 que les trois mois doivent se suivre mais qu'il y a abandon délictueux si le paiement n'est que partiel (ceci, pour éviter une fraude qui aurait consisté à ne payer qu'un mois sur trois). Toutefois les acomptes versés s'imputent en principe sur les termes impayés les plus anciens et le point de départ du délai de trois mois peut se trouver ainsi modifié.

2° L'INTENTION

L'abandon de famille est un délit intentionnel : l'auteur de l'abandon doit avoir eu l'intention de commettre consciemment une action délictueuse dans les conditions prévues par la loi.

a) Il doit connaître l'existence de son obligation et il la connaît lorsque le jugement lui a été signifié.

Mais une certaine indécision se manifeste en jurisprudence ; la signification du jugement de divorce suffit-elle, et le conjoint condamné n'est-il pas autorisé à croire que, tant qu'une demande spéciale quant à la pension ne lui est pas adressée, il ne commet pas de délit en ne payant pas ? Certaines décisions paraissent admettre la nécessité d'une mise en demeure spéciale : des réclamations d'avoué n'en tiennent pas lieu, mais une interpellation du commissaire de police est suffisante (Trib. Corr. de Saint-Etienne, 14 oct. 1932 ; G. P. 1932-2-819). Il n'est cependant pas besoin d'en arriver à des actes d'exécution contre le débiteur (Trib. Corr. de La Rochelle, 29 juin 1932 ; G. P. 1932-2-510).

Le dictionnaire des Parquets de M. Le Poittevin mentionne à ce sujet au Supplément, au mot Abandon de famille, que le délai de trois mois ne court pas ipso facto de l'échéance du terme, lorsque la pension est quérable : dans ce cas, il ne court que de la demande de paiement faite au domicile du débiteur.

Cette question de la nécessité d'une demande spéciale peut être considérée, indifféremment semble-t-il, soit comme un mode de constatation de l'élément matériel soit comme un mode de constatation de l'intention.

b) L'intention criminelle consiste en ce que le non-

paiement de la pension doit être volontaire : il doit émaner d'une volonté libre, et la volonté du débiteur n'a pas été libre lorsqu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de payer : il en sera ainsi si une maladie prive le débiteur de ses ressources, ou encore le chômage. De même il n'y aura pas intention coupable dans bien d'autres cas où la force majeure peut être invoquée (Cass. Crim., 7 juillet 1932 ; G. P. 1932-2-561). Un arrêt de Paris du 11 avril 1932 (G. P. 1932-2-270) nous indique qu'un mari n'a commis aucun abandon de famille lorsque les mesures prises par la femme pour sauvegarder ses droits ont eu pour résultat de dessaisir presque complètement le mari des revenus et du capital de la communauté, le réduisant aux seules ressources de son travail, et si celles-ci, à peine suffisantes pour assurer son existence et celle de ses enfants vivant avec lui, ne lui ont pas permis de satisfaire aux obligations mises à sa charge.

Mais il peut arriver que le débiteur soit en faute de ne rien avoir, si par paresse, ivrognerie, ou toute autre cause, il a laissé diminuer ses ressources pour ne pas payer la pension ; on peut considérer qu'il y a abandon de famille lorsque la diminution des ressources ne résulte pas d'une simple négligence, mais bien de la volonté consciente et libre de se rendre insolvable ; la force majeure empêchant le paiement est alors le résultat d'une négligence intentionnelle qui peut être réprimée.

Un intérêt particulier se présente au cas de paiement partiel : il est possible que les facultés de paiement aient été surestimées par le tribunal ; ne peut-on reconnaître au juge saisi de la poursuite pour abandon de famille un certain pouvoir pour apprécier la mauvaise volonté du débiteur ? Sans aucun

doute : le juge acquitterait le prévenu pour défaut d'intention.

Une hypothèse intéressante à étudier est celle de l'inconduite du conjoint créancier. N'est-il pas permis de penser que le débiteur de la pension doit bénéficier d'une excuse absolutoire dans le cas où, le crédi-rentier vivant notoirement en concubinage, il a omis de payer la pension basée sur l'article 301 ?

Nous savons que le droit à la pension prend fin lorsque le crédi-rentier se remarie (Voir Chapitre I, section I de la présente partie).

Il pourrait en être de même en cas de concubinage pour ce motif qu'il n'est pas juste d'obliger le conjoint coupable, peut-être remarié, à continuer de verser une pension à son ex-conjoint qui tire des ressources de l'état de concubinage. Le débi-rentier peut, sans nul doute, revenir devant le tribunal civil et demander la suppression de la pension en se fondant sur l'accroissement des ressources du crédi-rentier. En droit on ne peut aboutir à cette solution qu'en reconnaissant officiellement le concubinat et en lui faisant produire des effets juridiques.

Mais, en l'absence de cette procédure, un tribunal correctionnel pourrait-il acquitter le débi-rentier qui s'est cru moralement dégagé de ses obligations ?

La réponse négative n'est pas douteuse. En effet l'élément essentiel de l'existence du délit, la décision judiciaire de condamnation, est toujours présent et vivace.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation le 21 février 1931 (G. P. 1931-1-518). Il s'agissait en l'espèce d'une poursuite postérieure au divorce pour abandon de famille commis pendant l'instance en divorce. La Cour de cassation a estimé que l'inconduite de la fem-

me n'était pas pour le mari condamné une cause justificative du défaut de paiement, les lois de 1924 et 1928 ne reconnaissant l'existence d'aucune cause légale de cette nature.

SECTION II

CARACTERES DU DELIT

Lorsqu'un ex-conjoint est condamné à servir une pension et qu'il ne paie pas pendant plusieurs mois, on admet que l'on est en présence d'une activité délictueuse qui se prolonge, il n'y a pas autant de délits qu'il y a de termes impayés ; c'est ce que l'on exprime en disant que le délit est continu successif. Il y a, non pas un acte de volonté délictueuse qui se renouvelle à chaque échéance pour prendre fin tout aussitôt, mais une volonté continue d'activité délictueuse qui ne prend fin que le jour où elle cesse par un paiement. Ceci est important à noter pour la prescription de la poursuite du délit, qui est de trois ans, et qui commence à courir lors de la cessation de l'activité délictueuse, par un paiement.

Ceci présente en outre un intérêt en cas de reprise de l'activité délictueuse lorsqu'un individu, après avoir été condamné pour abandon de famille et avoir purgé sa peine, reprend les versements, puis les interrompt ; c'est un nouveau délit qui commence, une nouvelle poursuite est possible, car si le fait est identique, ce n'est pas le même qui continue.

Ce caractère est reconnu par le tribunal correctionnel de Lyon dans un jugement du 14 novembre 1933 (G. P. 22 janvier 1934) :

« Attendu que le délit d'Abandon de famille est un

délit successif, qu'il ne cesse de se perpétrer, en cas d'inaction volontaire du débiteur, après le dépôt de la plainte et jusqu'au jour de la citation ».

Le Juge en tire cette conséquence qu'il importe peu que les trois mois ne soient pas écoulés au jour de la plainte, pourvu qu'ils le soient au jour de la citation à comparaître devant le tribunal correctionnel.

SECTION III

PENALITES - RECIDIVES

La loi a prévu des peines principales et des peines accessoires.

1° La peine principale est un emprisonnement de trois mois à un an ou une amende de 100 à 2.000 fr.

La loi de 1928 mentionne aussi que les circonstances atténuantes sont applicables. Cette mention est inutile depuis la loi du 29 Décembre 1928 qui étend l'application des circonstances atténuantes à tous les cas où la peine est celle de l'emprisonnement ou de l'amende, qu'elle soit édictée par le Code Pénal ou par une loi spéciale ; si un jour le texte est révisé, cette mention doit disparaître. En cas de récidive, nous indiquons le paragraphe 2 de l'article 1, la peine d'emprisonnement sera toujours prononcée.

Le tribunal n'a donc pas d'option entre l'emprisonnement et l'amende ; l'emprisonnement seul doit être prononcé, la Cour de Cassation a eu à intervenir : « Doit être cassé l'arrêt qui condamne le prévenu d'abandon de famille en état de récidive à l'emprisonnement et à l'amende » (arrêt du 13 décembre 1929 ; S. 1931-1-159). Cette récidive appelle quelques observations.

Aux termes de l'article 58 du Code Pénal, modifié par la loi du 26 mars 1891, n'entre en ligne de compte, pour que la récidive soit prise en considération par la loi, que la condamnation à l'emprisonnement, tandis que la condamnation à l'amende, quel que soit son taux, ne compte pas.

Au contraire, dans le cas qui nous occupe, se trouvera en état de récidive tout individu ayant encouru une condamnation définitive pour abandon de famille, serait-ce une simple condamnation à une peine d'amende.

Cette précision était nécessaire, car, en pratique, les juges ne condamnent la première fois qu'à une amende dont le non-paiement entraîne la contrainte par corps, qui n'est pas une peine (1).

La loi ne précisant pas le délai à observer pour prendre en considération le fait de récidive, nous appliquerons le droit commun, c'est-à-dire cinq ans à compter du jour où le jugement sera devenu définitif.

2° *Peines accessoires.*

La loi en cite deux : déchéance de la puissance paternelle et privation des droits civils.

La déchéance de la puissance paternelle, facultative, paraît ne devoir intervenir que rarement en notre matière, étant donné que le tribunal Civil a dû se poser la question en prononçant le divorce. Cependant l'abandon de famille peut amener le Tribunal Civil à modifier des mesures prises lors de son jugement si l'époux abandonne à la fois sa femme et ses en-

(1) Voir cependant une condamnation primaire à quinze jours d'emprisonnement avec sursis : Trib. corr. Lyon. - 14 nov. 33 ; G. P. 1934-22 janvier.

fants ; ce sera simplement une nouvelle réglementation de l'exercice du droit de garde, sans aller nécessairement jusqu'à la déchéance.

La privation des droits civiques est possible depuis la loi de 1928, qui la prononce contre toute personne et non plus contre le père ou la mère condamné pour abandon de ses enfants.

SECTION IV

RECHERCHE DU TRIBUNAL COMPÉTENT

On sait que les tribunaux compétents pour connaître d'un délit sont au nombre de trois : celui du lieu de l'arrestation du coupable, celui du lieu de son domicile et celui du lieu où le délit est commis. En fait, le plus souvent, la compétence est reconnue au tribunal dans le ressort duquel le délit est commis. Or, en appliquant la règle exprimée par l'article 1247 du code civil, qui nous indique que, sauf convention contraire, le paiement doit être fait au domicile du débiteur, on en déduit naturellement que le délit est commis au lieu où le débiteur est domicilié.

Cette solution est, en pratique, assez mauvaise, ainsi qu'on le verra dans quelques instants, au point que certaines Cours et Tribunaux, approuvés par certains auteurs, avaient cru pouvoir passer outre aux textes en vigueur.

1° *Jurisprudence*. — Le tribunal correctionnel de la Seine, le 22 novembre 1928 (Gaz. Pal. 1929-1-558, en note sous arrêt Cour de Paris cité à l'alinéa suivant), a interprété l'article 2 de la loi de 1928 dans un sens favorable au créancier d'aliments : on soutient pour cela que l'article 2 de cette loi aurait dérogé à l'arti-

cle 1247 du C. C. en décidant implicitement que la pension devrait être payée au domicile du créancier.

Par arrêt du 19 février 1929 (rapporté à la Gazette du Palais 1929-1-558), la Chambre des Mises en Accusation de la Cour d'appel de Paris, statuant sur opposition à ordonnance de non-lieu du juge d'instruction, décide que « à défaut par le jugement de divorce qui a condamné le mari à payer à sa femme une pension alimentaire d'avoir spécifié que les mensualités en seraient portables, le tribunal de la résidence du mari est seul compétent pour connaître du délit résultant de son refus de paiement et le juge d'instruction du domicile de la femme se déclare à bon droit incompétent pour instruire sur sa plainte ».

La contestation ne devait pas tarder à monter jusqu'à la Cour Suprême qui décidait, le 4 mars 1932 (G. P. 1932-1-688), que l'article 2 de la loi du 3 avril 1928 n'a apporté aucune dérogation au droit commun en matière de paiement ; la pension doit donc, à moins de disposition contraire du jugement qui l'a ordonnée, être payée au domicile du débiteur conformément à l'article 1247 du Code Civil, et c'est devant le tribunal de ce domicile que la poursuite pour abandon de famille doit être exercée.

Enfin, des termes d'un arrêt récent de cette Cour du premier avril 1933 (rapporté au D. H. 1933, p. 270), relatif à une poursuite intentée par une femme contre son mari au domicile de celui-ci, pour abandon de famille, on déduit implicitement que le juge compétent pour connaître du délit est celui du domicile du débiteur de la pension alimentaire.

2° *Examen critique.* — La jurisprudence paraît fixée, elle est cependant critiquée ; au journal « La Gazette du Palais », sous l'arrêt de la Cour de Cassation

du 4 mars 1932, est insérée une note où l'on fait remarquer que la loi favorise un débiteur qui n'est pas digne d'intérêt : « Le Législateur de 1928 a voulu, cela résulte d'une manière certaine des travaux préparatoires, que le tribunal compétent fut celui du domicile du créancier d'aliment. Mais sa pensée s'est mal traduite, le texte de la loi dit exactement le contraire de ce qu'il fallait dire ».

L'initiative de cet auteur est hardie, malheureusement sa note est un peu courte, il est nécessaire de se reporter aux travaux préparatoires de la loi du 3 avril 1928 :

M. Louis Marin a déposé, dès 1925, un projet tendant à modifier la loi du premier Février 1924. Ce projet fut discuté à la Chambre en 1927 (Chambre, Session ordinaire - annexe 4204 - 1927, Tome I - page 411, avec un rapport de M. Cautru) et au Sénat en 1928, (Session ordinaire, Annexe 340, rapport de M. Lugol). Il importe de remarquer que les projets soumis aux votes des Chambres à la suite de ces rapports résolvaient la question de compétence dans des termes exactement identiques, et qui étaient ceux de la loi de 1928.

Il faut savoir que la loi de 1924 avait établi pour la constatation du délit une procédure spéciale : Le débiteur récalcitrant devait être appelé devant le juge de paix qui recueillait les explications des parties et dressait du tout procès-verbal qu'il transmettait au Procureur de la République : celui-ci décidait s'il y avait lieu de poursuivre. On avait espéré que l'intervention du juge de paix amènerait le débiteur à faire preuve de bonne volonté. Cette procédure a été supprimée en 1928.

« Sans méconnaître (rapport de M. Cautru) la valeur

des considérations morales qui ont inspiré le législateur de 1924, lorsqu'il a confié au juge familial le soin de s'interposer en notre matière entre le créancier et le débiteur de la pension, la commission estime que l'intervention du juge de paix crée dans la pratique des complications excessives et impose à des lenteurs regrettables de nature à paralyser dans certains cas l'action publique : le délit d'abandon de famille lui paraît être un délit comme un autre devant être déféré au Parquet, instruit et jugé selon les méthodes ordinaires. » D'après M. Lugol, ces interventions donnaient peu de résultats.

On avait soutenu, sous la loi de 1924, que le seul juge de paix compétent était celui du domicile ou de la résidence du délinquant. « Interpréter ainsi la loi, a écrit M. Marin dans son exposé des motifs, c'est refuser toute action aux pauvres gens sans ressources qui ne peuvent ni exposer les frais d'un déplacement onéreux, ni rétribuer un mandataire ; pour prévenir un résultat semblable, nous autorisons expressément le plaignant à faire sa déclaration devant le juge de paix de son propre domicile. »

Cette sorte de préliminaire de conciliation ayant disparu au cours des travaux préparatoires, la question de compétence subsiste pour le Tribunal. Nous avons vu que le texte définitif n'a rien innové à ce sujet.

Et, cependant, il semble qu'une innovation eût été heureuse ; il semble qu'il eût été parfaitement juste que le créancier d'aliment fût autorisé à plaider devant le tribunal de son domicile sans faire des frais d'un déplacement : en effet, ce n'est pas un créancier ordinaire, ce n'est pas un créancier qui demande justice ; on ne peut pas dire comme en droit commun

que le juge doit être plein de prévenance pour le débiteur : le débiteur a déjà été jugé, le droit du créancier a été officiellement reconnu, il est donc paradoxal de l'obliger à faire les frais d'une seconde instance en un lieu parfois éloigné. De même, si le débiteur est un ouvrier industriel qui change fréquemment de résidence, peut-être intentionnellement, une condamnation par défaut rendue au domicile du créancier simplifierait bien les choses.

Voilà pourquoi la tentative du Tribunal de la Seine était parfaitement raisonnable : on pouvait considérer que les préparateurs de la loi avaient eu la pensée de déroger à l'article 1247 du Code Civil (qui, ne l'oublions pas, est un texte purement supplétif et non impératif). Voilà pourquoi n'est pas déraisonnable l'argumentation de l'annotateur de « La Gazette du Palais » : il est certain que le législateur a eu la pensée de favoriser le créancier d'aliment. Il est possible qu'il ait pensé, en rédigeant le texte, que le lieu où la pension devait être payée était celui du créancier. On peut argumenter en ce sens de ce que les clauses dérogeant à l'article 1247 sont fréquentes, que, avec la pratique des chèques (que le législateur a présente à son esprit), le créancier est payé par un banquier de son domicile. Il est certain que les apparences sont ainsi et il est possible que le législateur ait voulu qu'il en soit ainsi, tout en écrivant un texte contraire.

3° *Conclusion.* — Cette difficulté est un exemple intéressant de l'influence que des règles du Droit Civil peuvent exercer sur l'interprétation des lois pénales quand celles-ci ont pour objet la protection d'intérêts privés : tandis que nous nous habituons à voir le droit pénal s'étendre aux dépens du Droit Civil et celui-ci s'effacer devant lui au point de disparaître

(inefficacité des sanctions civiles), nous sommes ici en présence d'une résistance du Droit Civil à l'avance du Droit Pénal. Cette résistance, malgré ses inconvénients pratiques, est conforme à la logique du droit pénal qui veut que, dans l'intérêt de la défense des prévenus, l'on déplace les témoins et non les prévenus. Il aurait donc fallu, ou bien faire une exception aux règles du droit pénal ou bien faire une exception aux règles du Droit Civil.

En l'absence de disposition spéciale dans les lois, notre conclusion sera inspirée par le respect de la légalité : Quelque soit la largeur des pouvoirs que, même en matière pénale, on reconnaisse aux tribunaux dans l'interprétation de la loi, ils ne sauraient, sur une question de compétence criminelle, aller à l'encontre d'un texte aussi net que l'article 2 nouveau de la loi de 1924, alors surtout que l'intention du législateur, à supposer qu'elle soit non-conforme au texte de la loi, ne résulte pas clairement des travaux préparatoires.

Pour l'instant, et en attendant une nouvelle rectification de l'article 2 qui tardera peut-être, on ne peut que conseiller aux tribunaux, quand ils allouent une pension alimentaire dont le paiement est susceptible de tomber sous le coup de cette loi, d'ordonner que la pension sera payable ou les subsides fournis au domicile du créancier.

D'ailleurs, la Chancellerie, par la circulaire du 23 août 1928, a recommandé aux Parquets de signaler aux tribunaux l'intérêt qui s'attache à ce que leurs décisions soient toujours complétées par l'indication du lieu où la pension devra être payée, et il convient que ce lieu soit le domicile du créancier (1).

(1) Dictionnaire des Parquets de M. Le Poittevin ; Supplément p. 11, Abandon de famille au mot compétence.

Appendice à la Section IV : Procédure actuelle. —

L'article 2 de la loi de 1928 ne prévoit aucune règle exceptionnelle de procédure : il spécifie seulement que « le titre de pension et tous actes de poursuite ou d'exécution auxquels il aurait été procédé devront être déposés entre les mains du Procureur de la République en même temps que la plainte. » Une plainte préalable n'est cependant pas indispensable : la poursuite peut être engagée d'office par le Parquet, elle est exercée suivant les règles du droit commun.

Il semble d'ailleurs que le délit d'abandon de famille perd, dans ce cas de poursuite directe, le caractère privé qui lui était encore reconnu.

Cependant, n'oublions pas que l'époux peut encore théoriquement renoncer à la pension qui lui est due personnellement : cette renonciation n'arrêterait vraisemblablement pas la poursuite en cours, elle rendrait simplement impossible toute récidive.

Cette possibilité de renoncer, déjà fort critiquée, devrait être supprimée.

CONCLUSION

Il est indéniable que la loi de 1924 ainsi appliquée par la jurisprudence a donné de bons résultats, et peut en donner de meilleurs avec la solution de la question de compétence.

En effet, on ne risque plus à présent de voir durer les situations immorales qu'entraînait le non paiement des pensions alimentaires. La crainte d'une peine suffit souvent à maintenir le débiteur dans le devoir.

Cependant, le délit d'abandon de famille se généralise ; il est fréquent, en lisant sur les journaux les

comptes rendus des audiences correctionnelles, d'y voir des poursuites pour abandon de famille après divorce.

Il conviendrait peut-être de faire preuve de sévérité : une courte peine de prison est ici parfaitement justifiée, l'amende est insuffisante (même recouvrée par voie de contrainte par corps). On propose aussi la réforme de notre système pénitentiaire ; l'on voudrait que le produit du travail du condamné soit attribué au bénéficiaire de la pension ; on invoque en ce sens l'existence des maisons de travail en Angleterre et en Suisse.

Cette généralisation du délit est le signe certain d'un abaissement de la moralité : l'individu qui abandonne sa femme et ses enfants manque non seulement de sens social mais encore, ce qui est plus grave, de sens moral : il semble que l'on doive le considérer comme un « délinquant », au vrai sens du mot, contre lequel est nécessaire, non pas une menace, non pas une voie de coercition, mais une mesure répressive. Notre droit actuel est donc beaucoup moins individualiste que le Code Civil encore tout imbu du principe du respect absolu de la liberté individuelle. Tandis que l'on avait proclamé qu'un individu ne pouvait pas être contraint dans sa personne à exécuter ses obligations, mais seulement dans ses biens, la nécessité a conduit le législateur à reprendre, sous une forme plus grave, la contrainte par corps dont on avait cru pouvoir se passer ; plus grave puisqu'elle a un caractère pénal, plus grave puisqu'elle est parfois prononcée directement sous forme de prison.

L'existence d'une contrainte par corps civile, sanction parallèle à la contrainte par corps pénale, nous

eut peut-être permis d'appliquer une sanction efficace au cas où les pensions sont dues par les héritiers.

Depuis longtemps, le rétablissement d'une contrainte par corps civile a été réclamée. (1)

C'est un signe indéniable, d'une part de la perpétuelle évolution du droit, d'autre part des liens étroits de dépendance existant entre le Droit Civil et le Droit Pénal, tout droit devant être accompagné d'une sanction efficace, ainsi que l'a si justement fait remarquer le philosophe anglais Bentham.

(1) Edmond de Biéville - Thèse.

TROISIEME PARTIE

LE DELIT DE FRAUDE

CHAPITRE I

DE LA FREQUENCE DES JUGEMENTS PAR DEFAUT EN MATIERE DE DIVORCE MOYENS DE DROIT COMMUN ET MOYENS SPECIAUX CONCOURANT A LA PROTECTION DU DEFAILLANT

Rien sans doute n'est plus désirable qu'une réglementation précise et sûre des suites du divorce. Mais de telles précisions manqueraient de base si le Tribunal qui les établit n'avait pas les moyens d'investigation suffisants pour découvrir quel est celui des deux époux dont la culpabilité est la plus grande. Or, il n'est pas facile, avant de prononcer un divorce, de connaître, avec toute la certitude désirable, les torts des époux. Sans doute, le Tribunal connaît les fautes immédiates, l'adultère, les coups, l'abandon du domicile, le refus de prestation du devoir conjugal ; mais ce que le Tribunal ne connaît pas, ou ne connaît que difficilement, ce sont toutes les vicissitudes antérieu-

res de la vie conjugale qui ont pu provoquer chez l'un, lassé de la mauvaise foi de l'autre, la faute qu'aujourd'hui l'on punit, de sorte que, parfois, le vrai coupable n'est pas celui qu'on croit.

Cette situation particulièrement pitoyable chez la femme est vigoureusement mise en évidence dans un roman de Paul et Victor Margueritte paru en 1901 : « Les Deux Vies ».

Mais il est pour les époux un danger plus redoutable encore que celui qui résulte d'une enquête incertaine. C'est le danger d'être jugé par défaut, c'est-à-dire sans être intervenu au procès pour y produire ses moyens de défense.

Ces jugements par défaut sont fréquents.

En effet, le jugement par défaut est d'une utilité pratique considérable. Lorsque l'un des deux époux ne se présente pas devant le tribunal (1), ou, pour parler juridiquement, ne comparait pas ou ne constitue pas avoué, le tribunal ne va pas pour cela laisser l'affaire sans jugement : ce serait un moyen trop commode pour la partie coupable de retarder indéfiniment sa condamnation : l'intérêt de la partie présente exige une solution. Mais, d'un autre côté, celui qui ne comparait pas (et c'est toujours le défendeur) peut ne pas comparaître soit parce qu'il ignore le procès dirigé contre lui soit par négligence. Comme le tribunal ne peut savoir si c'est pour le premier motif ou le second, la justice exige que le défendeur défaillant soit considéré comme ignorant toute la procédure dirigée contre lui et, ainsi, le législateur et le juge doivent être pour lui pleins de sollicitude.

(1) Il ne sera nullement question du défaut faute de conclusion, sans intérêt pour notre étude.

La réglementation du jugement par défaut est donc commandée par la nécessité d'établir un équilibre entre deux besoins rivaux : d'une part, juger ; d'autre part, protéger l'absent.

1° Moyen de droit commun concourant à la protection du défaillant :

Le tribunal, en présence du défaut du défendeur, donne acte au demandeur du défaut du défendeur et juge par défaut : il adjugera les conclusions du demandeur si elles sont justes et bien vérifiées : il devra faire preuve d'une grande prudence, s'efforcer de vérifier tous les faits allégués et devra même, au besoin, en exiger la preuve : L'article 257 du Code de Procédure permet d'ordonner des enquêtes par défaut.

En pratique, le demandeur a souvent gain de cause car les apparences sont pour lui.

Aussi, dès que le jugement est prononcé apparaît le souci de la protection des intérêts du défendeur : le jugement par défaut peut être l'objet d'une rétractation obtenue par la procédure d'opposition, au moyen de laquelle le défendeur ramène devant les mêmes juges le débat dont ils ont connu et les invite en quelque sorte à donner à la cause plus d'attention qu'ils n'ont pu le faire la première fois en prenant connaissance de ses arguments.

Ce deuxième jugement laisse intact la possibilité de l'appel.

L'opposition est possible jusqu'à l'exécution du jugement (158.C. Proc. Civ.).

La signification du jugement par défaut doit être faite par un huissier commis, c'est-à-dire désigné par la justice.

La loi semble présumer que si l'assignation à comparaître n'a pas produit les effets que l'on attendait, c'est peut-être parce que l'huissier qui l'a faite s'est montré négligent et n'a pas averti la partie à qui il remettait l'exploit de l'importance de l'acte.

Aussi le législateur a-t-il pensé qu'un huissier commis, averti de l'importance de sa fonction, l'exécutera avec plus de soins : il s'efforcera de remettre l'exploit de signification et la copie de la grosse du jugement au défendeur lui-même et l'avertira de l'importance de l'acte. S'il ne trouve pas le défendeur lui-même, il fait la signification à domicile. (1)

2° Protections spéciales prises au cas de divorce :

En matière de divorce, la procédure du jugement de défaut est spécialement réglementée et ces règles sont insérées au Code Civil (articles 234 à 253).

Le jugement par défaut est précédé de formalités de publicité par lesquelles on essaie d'avertir le défaillant de la demande dirigée contre lui toutes les

(1) Note sur les significations à domicile : La signification à domicile évite à l'huissier de rechercher la partie et de la connaître. En effet au domicile, l'huissier peut remettre les actes, indifféremment, à toute personne qui lui déclarera être la personne elle-même, ou un de ses parents, ou un serviteur. S'il ne trouve au domicile aucune de ces personnes, l'huissier remettra l'acte à un voisin complaisant ; à défaut de voisin, il le remettra au Maire de la commune et avisera dans les vingt quatre heures par lettre recommandée la partie intéressée du dépôt de l'acte en mairie (art. 68 du Code de Procédure, modifié par la loi du 15 juillet 1931).

Si le domicile et la résidence de l'intéressé sont inconnus, l'huissier dresse deux copies de l'acte à signifier : l'une est affichée à la porte de l'auditoire du tribunal appelé à connaître de la contestation ; l'autre est remise au Parquet de ce tribunal où le Procureur de la République vise l'original (art. 69, 80 et 1039).

fois que l'assignation introductive d'instance ne lui a pas été remise « parlant à sa personne. » Le Président du Tribunal Civil peut ordonner des insertions dans les journaux qui doivent être rédigées en termes prudents : « M. A. est invité à se présenter au greffe pour prendre connaissance d'une affaire qui l'intéresse. » L'efficacité de cette mesure est à peu près nulle.

En jugeant par défaut, le Tribunal ne doit adjuger que des conclusions justes et bien vérifiées et, en particulier, peut exiger la preuve de tous les faits allégués par le demandeur, qui ne lui paraissent pas suffisamment justifiés : il doit donc recourir, si besoin est, au moyen de l'enquête (257, C. Proc. Civ.) ; (il ne faut pas oublier, en effet, que, en notre matière, l'ordre public est intéressé : si le défaut du défendeur était volontaire et si le Tribunal ne vérifiait pas les griefs allégués par le demandeur, la réunion de ces deux circonstances équivaldrait à un acquiescement et il n'est pas permis d'acquiescer à une demande en divorce).

C'est la signification qui fait courir le délai d'opposition. Ce délai est de un mois en cas de signification à la personne. En cas de signification à domicile, comme il n'est pas sûr que la partie en ait eu connaissance (nous verrons que le cas est fréquent), le Président ordonne, sur simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans les huit mois qui suivent le dernier acte de publicité (247.C.C.).

S'il n'y a eu opposition et si, d'autre part, les délais d'appel sont expirés, le droit au divorce est reconnu d'une manière définitive. Le divorce est déjà prononcé (en quelque sorte sous condition) par le jugement ;

il n'y a plus qu'à le rendre public, en transcrivant le dispositif du jugement sur les registres de l'état civil.

Cette publicité du jugement est prévue par l'article 250 du Code Civil ; elle est destinée à prévenir les tiers, mais peu efficace. La transcription est faite par l'officier de l'état civil (articles 251-252 du Code Civil) ; comme la loi n'attache pas de sanction grave au non accomplissement de cette formalité, il peut arriver qu'elle ne soit pas faite, ce qui n'empêche pas le divorce de produire tous ses effets entre les époux.

CHAPITRE II

INSUFFISANCE DES MOYENS DE DROIT COMMUN ET DES MOYENS SPECIAUX DE PROTECTION

En pratique, cette procédure du défaut donne lieu à de graves abus : il arrive parfois que certains époux, impatients d'obtenir le divorce (ou la séparation de corps), dirigent contre leur conjoint une procédure de divorce dont ils les écartent systématiquement.

L'absence d'un débat contradictoire, qui aurait pu tourner à la confusion du demandeur, joint à l'avantage d'une grande sécurité celui d'une célérité accrue, car la procédure par défaut, se déroulant sans controverse, est évidemment plus rapide que la procédure contradictoire, réserve faite de la prolongation des délais des voies de recours. La fraude consiste à obtenir un jugement de divorce (ou de séparation) à l'insu du conjoint contre qui la demande a été formée.

On connaît plusieurs moyens d'atteindre ce résultat.

1° Le demandeur peut reprocher à son conjoint un abandon injurieux du domicile conjugal et tirer prétexte de cet abandon pour prétendre ignorer la résidence actuelle du défendeur. L'huissier chargé de la signification des actes de procédure, assignations, notifications, significations, etc., est contraint de s'adresser au Parquet pour les régulariser (article 69, § 8, C. Proc. Civ.).

2° Connaissant la résidence de son conjoint, le demandeur peut indiquer à l'huissier une adresse inexacte de façon que les actes qu'il signifie n'atteignent pas le défendeur. Ces fraudes sont les plus simples et les plus fréquemment employées. (Gaz. Pal. 1928.1.496, 1928.2.207).

3° Le demandeur peut encore adresser l'huissier à un complice qui recevra les actes de procédure en se prétendant au service du défendeur. (Paris-Sem. Jud. 1930, 27 juillet, p. 772).

4° Enfin certains maris abusent de la crédulité et de l'inexpérience de leur femme pour lui faire croire que les significations qui lui sont faites n'ont aucune importance. (Req. 16 fév. 1921, D. P. 1921.1.79, cité plus loin in extenso).

Le résultat de toutes ces fraudes est que le conjoint apprend qu'un divorce a été prononcé contre lui, lorsque même il l'apprend, une fois que le jugement est définitif et que les délais des voies de recours sont expirés. La répression de ces fraudes s'imposait avec une évidente nécessité. Il était impossible de tolérer ces sortes de divorce par répudiation alors que le législateur a déterminé limitativement les causes du divorce et a réglé la procédure de manière à éviter autant que possible les divorces hâtifs ou convenus.

Nous avons vu que l'article 247 C. Civ. prévoit bien que le tribunal peut, si l'assignation n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et si cette partie fait défaut, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à lui faire connaître la demande dont elle est l'objet, et que, lorsque le jugement est rendu, le même texte prévoit la publication du jugement dans les journaux. Mais, en fait, ces dispositions étaient restées lettres mortes et, les tribunaux les auraient-ils appliquées, on aurait pu douter de leur efficacité, surtout lorsque le demandeur avait pris soin, pour réaliser sa fraude, de s'éloigner de la résidence de son conjoint.

D'autre part, il est certain que la loi du 15 juillet 1931 précitée, modifiant l'article 68 du Code de Procédure Civile, ne pouvait davantage remédier à cette situation. Il paraissait n'y avoir qu'un seul moyen d'éviter la fraude : supprimer la possibilité d'obtenir le divorce et la séparation de corps par défaut, puisque les tribunaux ne peuvent pas vérifier les affirmations d'un plaideur resté sans contradicteur.

Ce moyen pouvait-il être envisagé ?

Il n'est pas possible, en effet, de refuser de prononcer le divorce (et la séparation de corps) par défaut, car le demandeur a pu être abandonné dans des conditions qui rendent sa personne digne de pitié et les griefs qu'il allègue fondés.

La seule sanction jusqu'ici appliquée par les tribunaux consistait à recevoir le conjoint condamné dans son opposition tardive lorsque l'irrégularité de cette opposition provenait d'une ignorance frauduleusement organisée. L'affaire se trouvait donc remise en question ; le plaideur défaillant pouvait, sur l'opposition, former une demande reconventionnelle et

invoquer la procédure engagée par son conjoint comme une injure grave, à raison des fraudes dont cette procédure se trouvait entourée ; le demandeur principal était débouté de sa demande, le divorce était prononcé à ses torts et il était condamné à payer les frais ; ou bien, au contraire, aucun divorce n'était prononcé en l'absence de griefs suffisants ; en sorte que la fraude est considérée tantôt comme une injure grave justifiant le divorce, tantôt comme un fait indifférent.

Voici deux exemples : 1° Req. 16 février 21.D.1921. 1.79, textes visés au pourvoi ; Violation art. 247 C. C. 7, loi 20 avr. 1810, 156, 158, 159, C. P. Civ. Arrêt : « Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué (Paris 19 mars 1920) d'avoir déclaré recevable l'opposition de la dame Saint-Béat au jugement prononçant par défaut le divorce contre elle, alors que cette opposition avait été formée par elle plus d'un mois après : 1° La signification à personne ; 2° L'exécution par la transcription sur les registres de l'état civil ; 3° L'exécution par l'acceptation de la liquidation amiable des reprises. Mais attendu sur les premier et troisième points que l'arrêt déduit, des faits énumérés que le sieur Saint-Béat avait obtenu le divorce à l'aide de griefs mensongers, en usant de manœuvres dolosives, qui avaient eu pour effets de faire ignorer par sa femme l'instance, le jugement et la signification, ainsi que de la convaincre que l'acceptation de la liquidation amiable de ses reprises avait suivi une simple séparation de bien à laquelle elle avait intérêt ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, en raison du dol souverainement constaté, la Cour de Paris n'a pas violé, quant à ces deux points, les textes visés au pourvoi. »

Comme sanction, la Cour de Cassation maintient l'arrêt rendu par la Cour de Paris sur l'opposition : c'est un renversement de la situation ; le divorce est, sur l'opposition, prononcé aux torts du sieur Saint-Béat : « les manœuvres dolosives à la charge du sieur Saint-Béat constituant, au regard de sa femme, les injures les plus graves » ; en effet, dans le premier arrêt rendu sous l'influence de la fraude, la Cour d'Appel de Paris avait prononcé le divorce aux torts de la femme sous l'imputation d'abandon du domicile conjugal.

2° Req. 2 juin 1923. D. P. 1924.1.8. Textes et moyens du pourvoi : violation 247 C. C. fausse applic. 162. pr. Civ. 7, loi 20 avr. 1810, violation 1351, 231, 252, C. Civ. et 7, loi 20 avril 1810, Arrêt : « Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Dakar, 21 juillet 1922) d'avoir déclaré recevable l'opposition à un jugement de défaut prononçant le divorce malgré l'expiration des délais légaux, d'autre part d'avoir, nonobstant ce jugement définitif, en statuant au fond, rejeté la demande.

» Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le sieur Escotte avait envoyé sa femme du Sénégal, où elle habitait avec lui, en France, sous prétexte de lui faire soigner un mal dont elle souffrait, qu'il l'y fit demeurer malade et dans un dénuement complet, qu'il profita de son absence pour, aussitôt après son départ, la faire citer en conciliation et ensuite assigner devant le tribunal de Saint-Louis par exploits signifiés à Saint-Louis au domicile conjugal aux fins de divorce, qu'il lui laissa ignorer toute cette procédure, organisée frauduleusement, et que, en réalité, elle a été mise, par toute une série d'agissements do-

losifs, dans l'impossibilité de formaliser son opposition avant la date où elle la lui fit signifier. »

La recevabilité de l'opposition tardive peut se justifier par la maxime : « *Fraus omnia corrumpit.* » La sanction de la fraude est, dans ce deuxième exemple, non un nouveau divorce prononcé au profit de la personne victime de la fraude, mais l'absence de divorce.

Toutefois, la recevabilité de l'opposition tardive est une sanction insuffisante. D'une part, elle présente le très grave inconvénient de multiplier le danger de bigamie : Depuis la loi du 26 juin 1919, en effet, le divorce est opposable aux tiers à partir de la transcription du dispositif du jugement sur les registres de l'Etat Civil ; il semblait donc que le célibataire qui épousait un divorcé après la transcription du divorce put le faire en toute sécurité. Si le défendeur défaillant réussit à prouver la mauvaise foi du demandeur, le divorce obtenu par surprise est rétracté et il y a bigamie.

D'autre part, cette sanction faible et dangereuse ne peut être mise en œuvre que par l'époux-victime. Or, celui-ci ignore le plus souvent le jugement prononcé contre lui, il ne peut donc pas toujours demander l'application de cette sanction. Il en résulte que le nombre des décisions de justice annulant des divorces prononcés à la suite de manœuvres frauduleuses de l'époux demandeur a toujours été bien restreint en comparaison du nombre des divorces obtenus frauduleusement et contre lesquels, par ignorance, négligence ou tout autre cause, le conjoint n'a jamais élevé de protestation. Cette situation regrettable a provoqué, comme dans les autres matières déjà étudiées, l'intervention de la loi pénale.

CHAPITRE III

L'INTERVENTION DE LA LOI PENALE

En présence des abus particulièrement graves qui se commettaient au cours de la procédure du divorce, d'autant plus sensibles et dangereux que le nombre des divorces s'accroissait sans cesse, M. Henri Bourdeaux, sénateur, ancien Conseiller à la Cour d'Appel de Paris, instruit par son expérience professionnelle, a essayé de trouver un remède à cette situation. Il déposait, le 12 mars 1931, une proposition de loi par laquelle il proposait de frapper de peines correctionnelles les époux fraudeurs. Cette proposition fut chaudement appuyée, en particulier par M. Delthil, ancien Conseiller à la Cour d'Appel de Bordeaux, rapporteur au Sénat et par M. Cautru, rapporteur à la Chambre. Aussi elle aboutit rapidement et devint la loi du 13 avril 1932 ainsi conçue :

Article unique : « Quiconque aura, par des manœuvres dolosives ou de fausses allégations, tenu ou tenté de tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure de divorce ou de séparation de corps dirigée contre

lui sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 100 fr. à 10.000 fr., ou de l'une de ces deux peines seulement.

» En cas de récidive, la peine d'emprisonnement sera toujours prononcée. » (1)

SECTION I

ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT DE FRAUDE

1° *L'élément matériel* : Il peut se décomposer comme suit :

1. Acte frauduleux ;
2. Accompli au cours d'une instance en divorce, sans qu'il soit nécessaire que la fraude ait été couronnée de succès ;
3. Ignorance de la procédure par le défendeur.

Le premier point seulement nécessite des explications : Le fait de diriger contre son conjoint une instance en divorce par défaut n'est pas répréhensible : ce procédé présente une utilité incontestable pour les cas où l'époux abandonné ignore réellement la résidence de son conjoint.

La fraude prend des aspects variés :

On peut considérer comme manœuvres dolosives le fait de notifier les actes de procédure à un complice qui empêche les notifications d'atteindre le défendeur, ou encore le fait pour un mari de tromper sa femme sur l'importance des notifications qui lui sont

(1) Les travaux Parlementaires ont consisté surtout à rechercher une extension possible de cette loi ; c'est pourquoi je n'en ferai pas une étude détaillée.

faites, de lui cacher le véritable caractère de l'action qu'il dirige contre elle, et de l'empêcher ainsi d'en prendre connaissance. Exemple : arrêt précité du 16 février 1921.

On peut considérer comme fausses allégations le fait de déclarer ignorer la résidence de son conjoint, alors qu'en fait on la connaît réellement, ou de donner à l'huissier chargé de la signification une fausse adresse. « Les fausses allégations peuvent consister dans le fait par le demandeur de tenir sciemment son avoué dans l'ignorance du domicile réel du défendeur. » (C. A. Poitiers, 27 janvier 1933, G. P. 24 février 33).

Il importe de remarquer que la proposition de M. Henri Bourdeaux prévoyait les réticences intentionnelles parmi les fraudes constitutives du nouveau délit. La Commission de législation de la Chambre a estimé que cette disposition comportait de sérieuses difficultés d'application et n'était pas sans danger. (Rapport de M. Cautru, Chambre, annexe 6188).

Par suite, il semble bien que l'erreur commise de bonne foi et même la simple négligence à se renseigner suffisamment sur le domicile actuel du défendeur sont exclusives du délit, et aussi le fait, de la part d'un époux, de ne pas révéler ce qu'il sait sur la résidence de son conjoint lorsque cette dissimulation ne s'accompagne d'aucune déclaration mensongère, d'aucune fraude accomplie par commission.

2° *L'intention frauduleuse* : Elle consiste dans la volonté manifestée par l'auteur du délit de laisser ignorer au conjoint défendeur la procédure du divorce. N'oublions pas, en effet, que la procédure du défaut est souvent nécessaire par suite de l'absence réelle du défendeur, qui a abandonné le demandeur. Il peut

arriver aussi que les époux aient été d'accord pour simuler un abandon injurieux : le demandeur ne commet alors aucun délit, il n'a pas l'intention frauduleuse.

SECTION II

PENALITES

Outre la peine prévue par la loi, la victime du délit peut, soit devant la juridiction civile, soit devant le Tribunal Correctionnel, en se portant partie civile, réclamer des dommages-intérêts en se fondant sur le préjudice subi, matériel et surtout moral.

La tentative est punissable en vertu d'une disposition spéciale de la loi. Le délit peut donc être puni en tout état de la procédure : il n'y a pas lieu d'attendre de savoir si elle sera close par un jugement par défaut.

Les peines de la présente loi pourront se trouver encourues bien que la procédure ait été contradictoire entre les époux. Il semble, en conséquence, que le demandeur pourrait être poursuivi pour avoir donné sciemment des indications inexactes sur la résidence de sa femme en vue de la tenir dans l'ignorance de la procédure, même si ces indications se trouvaient contenues dans la requête présentée au Président du Tribunal avant que l'assignation ait été lancée.

Ajoutons que l'action publique tendant à réprimer la fraude est indépendante de l'action en divorce et qu'il ne peut pas être sursis à statuer sur l'action publique sous le prétexte que l'action en divorce n'est pas encore terminée.

La complicité

Nous avons supposé jusqu'ici que la fraude était l'œuvre du demandeur. Nous n'avons eu, jusqu'à présent, en présence que les deux conjoints ; nous avons montré la situation digne de pitié du défendeur, indiqué les remèdes au moyen desquels le droit civil réparaît le dommage immédiat résultant de la fraude, l'inaptitude de ces remèdes à empêcher le renouvellement de ce délit civil, l'intervention du droit pénal. Il est temps, à présent, de faire apparaître le troisième personnage de ce drame qui était resté caché jusqu'à présent du fait qu'aucune sanction ne frappait ses agissements : c'est du « Conseiller » du demandeur que je veux parler.

Il est facile, en effet, de comprendre que ces ruses de procédure ne peuvent être l'œuvre, la plupart du temps, des époux. Les époux sont conseillés par des gens du métier.

En cours de préparation de la loi, on a cité l'exemple suivant tiré d'un arrêt de la Cour de Lyon du 5 mars 1931, cité au numéro du 4 octobre 1931 de « La Gazette des Tribunaux » :

Les époux F. vivaient à Grenoble depuis 1920. Le mari quitte sa femme et va habiter Lyon tandis que sa femme continue à demeurer au domicile conjugal. Le mari, à Lyon, prétend ignorer la résidence de sa femme : les actes sont signifiés au Parquet de Lyon et il obtient le divorce pour abandon injurieux.

Mais la fraude fut déjouée et, au cours de l'enquête d'appel, F. reconnut que « si bien il avait déclaré lors de la signification du jugement qu'il ne connaissait pas son domicile (de sa femme), c'était sur les

instigations d'un sieur P., avocat à Lyon, qui lui avait demandé de faire semblable déclaration, afin de hâter les formalités légales. »

« Formalités illégales aurait mieux valu », dit M. Cautru dans son rapport à la Chambre. (Documents parlementaires. Rapport de M. Cautru).

Il est à croire que les agissements du sieur P., avocat à Lyon, furent sanctionnés comme il le convenait par le Conseil de l'Ordre.

Le sieur P. avait, en effet, manqué à toutes les règles de la profession et à toutes ses traditions, pour descendre au rang des professionnels du divorce ou « gens de métier », ou « conseillers », pour reprendre l'expression déjà citée. Ces conseillers sont des tenants de contentieux louches qui promettent par voie d'affiches ou d'annonces dans les journaux le divorce à crédit, le divorce en trois mois. Ce sont eux qui donnent au client les instructions à suivre ; il peut même arriver que le client, à la recherche de renseignements, soit entraîné malgré lui et à son insu dans la voie facile de la fraude : dans ce cas, s'il commet les actes matériels constitutifs de la fraude, il n'a pas l'intention de commettre le délit de fraude, il n'est que l'instrument passif et non le cerveau qui conçoit et qui dirige. Le plus grand coupable n'est pas l'époux qui fraude, c'est celui qui le conseille. Ces conseillers, si le mot existait, je dirai : « Conseilleurs », sont au premier chef des destructeurs de la famille et, par suite, des ennemis de la Société. Tandis que l'époux qui divorce par fraude se tient en quelque sorte dans une sphère familiale et commet un dommage surtout individuel, les directeurs de contentieux au contraire, par l'étendue de leurs opérations, agissent dans une sphère beaucoup plus vaste, dépassant

largement les limites de la grande ville où ils ont établi le siège de leurs opérations, c'est la Société tout entière, et le dommage qui est leur œuvre, somme de tous les dommages individuels qu'ils contribuent à réaliser, est, par excellence, un dommage social.

Ce sont ceux-là surtout qu'il convient de frapper.

Qu'a-t-on fait et que peut-on faire ?

Voilà les deux questions à mon avis essentielles de ce chapitre.

La première question paraît un peu étrange à ne considérer que le texte de la loi du 13 avril 1932 qui ne mentionne même pas l'existence et l'activité de ces directeurs de contentieux ; elle paraît étrange encore car dans aucun code de notre droit il n'est un article qui leur soit consacré. La question cependant n'est pas oiseuse : le législateur s'est occupé d'eux au cours des travaux préparatoires de cette loi. Si, en effet, M. Bourdeaux avait déposé un projet de loi à peu près analogue au texte définitif, le Sénat y avait fait de nombreuses additions et, en particulier, celle-ci : « Sera puni des mêmes peines quiconque aura donné des conseils ou des instructions en vue de l'accomplissement du délit ci-dessus défini, alors même que ces conseils ou instructions n'auraient pas été suivis d'exécution ou de tentative d'exécution. »

Ce texte n'eut pas l'heur de plaire au Garde des Sceaux qui demanda la suppression des derniers mots : « alors même... ». « La complicité, dit-il, est quelque chose d'accessoire... Par ce texte, on arriverait à faire un délit principal de cette complicité. » Cependant, même privé de sa finale, ce texte tendait encore visiblement à créer un délit spécial punissable dans le seul fait que des conseils ou des instruc-

tions ont été donnés en vue de l'accomplissement du délit.

Tel a bien été, semble-t-il, la pensée du Sénat. Si non les articles 59 et 60 du Code Pénal auraient suffi.

La tentative du Sénat échoua.

Le prétexte fut le suivant : Au moyen de ce texte projeté on eut pu inquiéter des hommes d'affaires dont on ne peut exiger, sous peine de prison, qu'ils vérifient préalablement à tout acte de leurs fonctions la parfaite exactitude de tous les faits qui leur sont exposés par des clients, ces clients pouvant n'être connus d'eux qu'imparfaitement, ou les induire volontairement en erreur.

Ce prétexte a une apparence de vérité : l'époux qui veut divorcer suit les conseils qu'on lui a donné, simule un abandon injurieux du domicile conjugal, et va alors trouver des avocats et des avoués. Ceux-ci font ce que M. Cautru dit des tribunaux : « les abandons injurieux réels sont fréquents, le tribunal prononce les yeux fermés. »

En résumé, de cet examen des travaux préparatoires, nous retiendrons ceci : ces directeurs de contentieux existent et ont une activité malfaisante, le législateur n'a pas cru devoir déroger pour eux au droit commun de la complicité.

Ceci nous amène tout naturellement à examiner la deuxième question.

Que peut-on faire actuellement ?

Tout ce qu'il est possible de faire, c'est d'appliquer les articles 59 et 60 du Code Pénal et de traiter ces individus comme complices du délit principal commis par l'époux fraudeur. On les assimile ainsi à d'autres personnes qui peuvent intervenir dans le drame qui se joue et qui y tiennent un rôle de second

plan : la maîtresse ou l'ami complaisant, qui, se prétendant au service du défendeur, reçoivent à leur adresse, indiquée par le demandeur, les assignations et significations des actes intéressant le défendeur.

Cette conception est juridiquement fort bien établie : l'article 60 prévoit, en effet, les deux cas de complicité :

Alinéa 1. — Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit, ceux qui, par des promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des *instructions pour la commettre*.

Alinéa 3. — Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée.

Mais pour qu'il y ait acte de complicité punissable, il ne suffit pas qu'une personne ait participé à l'action délictueuse d'une manière prévue par la loi. Il faut encore que le délit principal soit punissable : aussi, si l'époux fraudeur se désiste de son action en cours de préparation sans avoir commencé l'exécution proprement dite du délit, il n'a commis aucun délit, et celui qui a donné des instructions ne peut nullement être inquiété ; c'est ce qu'on exprime en disant qu'il n'y a pas de tentative de complicité ; de même le complice n'est pas punissable si le fait principal est amnistié ou est prescrit. Remarquons cependant qu'il suffit que le fait soit punissable, peu importe que l'auteur soit introuvable, décédé, irresponsable, ou même acquitté.

Il faut, en outre, que le complice ait eu la connaissance du caractère délictueux du fait principal et la

conscience de commettre des actes constitutifs de complicité. Cet élément intentionnel ne fera pas doute pour le complice par instructions, il peut faire doute, au contraire, pour le complice simplement auxiliaire.

L'article 59 pose pour le complice le principe de la criminalité d'emprunt : en participant au délit, il le fait sien et en accepte par avance toutes les conséquences. Le complice encourt la même peine que l'auteur principal ; (il en résulte encore une indivisibilité entre les faits de chacun d'eux, ils seront compris dans la même poursuite devant le tribunal compétent pour juger le délit principal). Cependant, si la peine légale encourue est la même, les juges peuvent, grâce aux moyens d'individualisation de la peine dont ils disposent, frapper plus durement le complice que l'auteur principal ou inversement.

En résumé, en notre droit positif, le conjoint demandeur en divorce est l'auteur principal, les personnes qui l'ont aidé en connaissance de cause sont appelées complices, ce sera par exemple l'huissier qui accepte de signifier une citation à une adresse qu'il savait ne pas être celle du défendeur ; l'ami complaisant qui fournit sciemment de fausses indications sur le prétendu domicile du défendeur ; la maîtresse qui joue le rôle de l'épouse pour recevoir la signification destinée à celle-ci ; mais ce sera aussi celui qui a fourni au demandeur les instructions nécessaires pour commettre le délit. De plus, en notre droit positif, le principe de la criminalité d'emprunt du complice, combiné avec les circonstances atténuantes, permet de tenir compte de toutes les situations.

SECTION III

LES CARACTERES DU DELIT DE FRAUDE

En quoi consiste exactement le délit de fraude ?

Le délit est-il instantané ou continu, continu permanent ou continu successif ?

Il n'est pas facile d'apercevoir l'intention du législateur.

Cependant, la simple lecture du texte de loi nous fournit une indication : Le délit consistant à « tenir son conjoint dans l'ignorance d'une procédure dirigée contre lui », on voit tout de suite qu'il n'y a pas un nouveau délit à chaque acte frauduleux de cette procédure, une succession de délits instantanés. L'acte délictueux c'est l'ensemble de la procédure, cet acte se prolonge dans le temps ; il est donc continu.

C'est ce sentiment qu'a exprimé la Cour d'Appel de Poitiers dans son arrêt précité du 27 janvier 1933.

Mais à quel moment le délit prend-il fin ? Est-ce lorsque le conjoint a découvert la fraude et ne se trouve plus alors dans l'ignorance, ou est-ce plutôt lorsque la procédure est terminée ?

Si nous adoptons la première interprétation, c'est que nous pensons que le législateur a voulu prévoir un état, l'état du conjoint tenu dans l'ignorance, et nous rangerons le délit dans la classe des délits continus permanents ; mais, à notre avis, cet état permanent délictueux n'existe qu'à partir de la transcription du jugement obtenu frauduleusement, jour où prend fin la procédure qui n'est à elle seule qu'un délit : l'état délictueux persiste alors de lui-même sans nouvelle intervention de l'auteur de l'acte.

Si nous pensons, au contraire, que le législateur a

voulu prévoir un fait, le fait du conjoint qui se rend coupable de la fraude, nous adopterons la seconde interprétation, et nous rangerons le délit dans la classe des délits continus successifs : le délit consiste en une activité délictueuse qui a pour but de tenir l'autre conjoint dans l'ignorance de la procédure et qui prend fin au jour de la transcription. Seules subsistent alors les conséquences d'un délit passé.

Le principal intérêt de la détermination du caractère du délit est, en général, de savoir à quel moment le délai de la prescription de la poursuite du coupable commence de courir.

Mais cet intérêt n'apparaît pas en l'espèce.

En effet, si nous considérons l'état permanent délictueux, l'on sait que, d'après la jurisprudence, la prescription commence le jour où cet état existe définitivement, et nous avons admis que cet état n'existe définitivement qu'à partir du jour de la transcription du divorce. Si, au contraire, nous envisageons l'activité délictueuse, l'accomplissement et la persistance de l'acte matériel constitutif du délit par la persistance de l'intention coupable, l'on sait que la prescription commence à courir le jour où prend fin cette activité délictueuse et c'est évidemment le jour de la transcription. De sorte qu'en définitive l'analyse précise de la situation ne nous amène pas à prendre parti sur le caractère permanent ou successif du délit.

Efforçons-nous de rechercher l'intention du législateur.

Au cours des travaux préparatoires, l'opinion a été émise qu'il convenait de ne faire courir la prescription qu'à partir du jour où l'époux défendeur a eu connaissance de la fraude, et cette opinion n'est pas contredite par le texte de la loi. On en tire cette con-

séquence que si l'époux au préjudice duquel la fraude a été commise n'a connaissance du délit que plus de trois ans après son accomplissement, le coupable pourra être encore poursuivi.

M. Delthil, rapporteur de la loi au Sénat, s'est élevé contre cette opinion et lui a opposé deux objections. Elle tendrait d'abord à instituer pour le délit nouveau une prescription beaucoup plus longue parfois que pour certains autres délits infiniment plus graves, par exemple l'exposition d'enfant dans un lieu solitaire (article 349, Code Pénal), ou faux témoignage en matière correctionnelle (article 362 du Code Pénal). En outre, cette prolongation de prescription serait inutile, car l'époux au préjudice duquel la fraude aura été commise pourra toujours, même après la prescription de l'action publique contre le conjoint fraudeur, former opposition au jugement de divorce frauduleusement obtenu, le faire rétracter par le tribunal, obtenir même le divorce à son profit exclusif.

On doit reconnaître que l'opinion de M. Delthil n'est pas exempte de critiques. Nous lui en adresserons deux.

En premier lieu, nous croyons que c'est se placer sur un terrain dangereux que de vouloir apprécier la gravité respective de deux délits ; on risque de faire œuvre purement subjective non conforme à la réalité des faits. Il semble que M. Delthil ait suivi la tendance que nous avons indiqué à restreindre le plus possible le champ d'application de la nouvelle loi.

En deuxième lieu, la brièveté du délai de prescription n'a aucune justification vraiment juridique. Quel est, en effet, le fondement juridique de la prescription ? D'une part la difficulté de rassembler, au bout

d'un certain temps, les preuves du délit ; d'autre part, au bout de ce même temps, l'oubli du fait délictueux. Or, supposons que la fraude qui a entaché une procédure de divorce soit découverte seulement cinq ans après son aboutissement, nous serons forcés d'admettre que les preuves existent et que le fait délictueux est présent à l'esprit ; la raison d'être de la prescription n'existe pas : il serait paradoxal de pouvoir à ce moment-là obtenir l'annulation de la procédure frauduleuse sans punir l'auteur coupable de fraude ni les complices. (C'est ce même motif qui a poussé le législateur à lier la prescription de l'action civile en dommage résultant d'un délit et l'action publique relative au délit pour toutes les infractions).

L'avis de M. Delthil, on le voit bien, est difficile à admettre. Nous croyons cependant pouvoir le justifier en faisant appel à de nouvelles considérations sur la situation.

Il s'agirait de déterminer pendant combien de temps paraît recevable l'opposition tardive du conjoint victime de la fraude. Il semble qu'une distinction pourrait être faite.

Si le conjoint coupable est resté célibataire, l'opposition peut être reçue à n'importe quelle époque.

Mais envisageons le cas où le conjoint coupable s'est remarié. Si la procédure frauduleuse est annulée, le divorce est considéré comme non avenu et le conjoint coupable, étant considéré comme ayant toujours été marié avec la victime de la fraude, a commis le délit de bigamie. (Une question délicate à résoudre, et d'ailleurs sans utilité pour notre sujet, est celle de savoir s'il doit être condamné à une peine ou si, au contraire, on peut admettre sa bonne foi, bien qu'il eut la conviction intime que son divorce était

frauduleux). La situation du second conjoint doit attirer toute notre attention.

Nous n'avons aucune raison déterminante de sacrifier le deuxième conjoint plutôt que le premier. Un équilibre doit être cherché entre les droits du conjoint victime de la fraude et les droits de celui qui en a, par la suite, profité. Et il apparaît alors que l'on ne peut reconnaître à l'opposition du premier une recevabilité indéfinie. Nous proposons donc le système suivant :

En cas de nouveau mariage du conjoint fraudeur, l'opposition de son premier conjoint ne sera recevable que pendant les trois ans qui suivront la transcription du divorce, et la prescription du délit de fraude s'accomplira pendant le même temps. Par contre, lorsque le conjoint fraudeur n'est pas remarié, l'opposition de son ex-conjoint sera recevable pendant une durée beaucoup plus longue, par exemple trente ans, mais, dans ce cas, la prescription du délit de fraude sera acquise au bout des trois ans qui ont suivi la transcription. Il en résulte qu'à partir de ce moment-là le divorce pourra être obtenu, quoique la fraude ne soit plus punissable.

Nous croyons ainsi avoir donné une justification juridique à la brièveté relative de la prescription. Il nous apparaît que cette solution est celle qui engendre le moindre mal, et, faute de pouvoir faire mieux, nous croyons que c'est celle qui concilie le mieux les divers intérêts en présence.

Examinons, à présent, un autre intérêt qui s'attache à la détermination du caractère continu ou successif du délit, c'est la question de la non rétroactivité de la loi pénale, conséquence de la règle « *nullum crimen sine lege* » : il est certain que la loi nouvelle

ne peut s'appliquer, en l'absence de disposition spéciale, aux procédures qui étaient closes lors de sa promulgation. Nous pouvons alors considérer que le délit a pris fin avec la transcription du jugement de divorce et l'infraction offre ainsi tous les caractères d'un délit continu successif.

SECTION IV

Pour terminer l'étude rapide de ce délit, il importe à présent de faire quelques remarques sur la Procédure à suivre pour aboutir à la condamnation du coupable.

La loi étant muette, nous appliquons tout naturellement les principes généraux : l'initiative des poursuites appartient au Ministère Public sauf les droits que puise la partie lésée, c'est-à-dire l'époux au préjudice duquel la fraude a été réalisée, dans les articles 63, 64, 145 et 182 du Code d'Instruction Criminelle. Le défendeur à une action en divorce frauduleusement intentée à son insu, peut donc, s'il découvre la fraude, soit se constituer partie civile devant le juge d'instruction (ce qui oblige celui-ci à informer), soit citer directement devant le tribunal correctionnel son conjoint et ses complices, soit plus simplement dénoncer le fait au Procureur de la République qui appréciera. Celui-ci pourrait même poursuivre le coupable indépendamment de la volonté de la victime et même si la fraude est découverte par lui à un moment où l'époux défendeur ignore encore la demande.

On sait que l'action publique, tendant au prononcé d'une peine, peut habituellement être accompagnée d'une action civile en dommages-intérêts ; cette ac-

tion civile est peu utile en notre matière : l'époux défendeur qui veut obtenir des dommages doit pouvoir très régulièrement les obtenir par l'action en divorce, malgré cependant que l'action en divorce ne soit pas l'action civile née du délit, étant fondée sur une injure grave et complètement indépendante de l'action publique : D'une part, le tribunal civil peut parfaitement laisser se poursuivre les débats portés à sa barre sans attendre que le tribunal correctionnel ait statué sur l'action publique à lui soumise par le Parquet, d'autre part l'action publique est indépendante de l'action en divorce laquelle ne peut être considérée comme une question préjudicielle au jugement, encore moins, il est à peine besoin de le dire, comme une question préjudicielle à l'action.

CONCLUSION

L'époux défendeur, victime de la fraude, qui use de son droit d'intervenir dans l'instance commencée ou de former une opposition tardive mais recevable qui lui permet d'intenter une demande reconventionnelle en divorce, obtient, sur cette intervention ou sur cette demande, soit le divorce à son profit basé sur une injure grave, soit le rejet de la demande primitive formée contre lui.

Cette loi offre ainsi l'inconvénient indéniable déjà signalé de multiplier les risques de bigamie car, par l'effet de cette loi, on peut découvrir plus souvent qu'auparavant la cause d'annulation de la procédure en divorce ; il est certain d'ailleurs que bien des cas de fraude continueront à rester ignorés. Nous sommes ainsi conduits une fois de plus à préférer le perfec-

tionnement des moyens préventifs à celui de la répression.

Sans doute, la loi du 13 avril 1932 impose-t-elle implicitement aux Parquets de redoubler de vigilance à l'égard des procédures de divorce : il appartient aux magistrats du ministère public, lorsqu'ils reçoivent communication des dossiers de divorce, de s'assurer que les procédures de défaut sont régulières, de relever toute présomption d'infraction prévue par la loi du 13 avril 1932 et, après avoir procédé à toutes informations utiles, de poursuivre, s'il y a lieu, la répression des fraudes constatées. Cependant, il vaut mieux prévenir le délit quand c'est possible que sévir après qu'il est exécuté, et notre conclusion est en tous points identique à celle de M. Delthil dans son rapport au Sénat : Il faut que les huissiers apportent plus de zèle dans la recherche de la personne à qui ils doivent signifier un acte de procédure ; le Procureur de la République doit, avec le concours du commissaire de police, rechercher les personnes absentes ; et M. Delthil, citant l'arrêt de la Cour de Lyon, fait remarquer que la femme était restée tout simplement au domicile conjugal à Grenoble ; il semble dire que les magistrats du ministère public avaient commis une négligence ; il est vrai, ajoute-t-il aussitôt, qu'ils sont, dans les grandes villes, surchargés de besogne.

Cependant, il semble qu'avec un peu de bonne volonté, et grâce à une collaboration étroite et efficace à établir entre les membres des Parquets et les chefs des tribunaux, des résultats certains pourraient être obtenus en cours de procédure, et la loi du 13 avril 1932 n'aurait ainsi que très rarement l'occasion d'intervenir.

QUATRIEME PARTIE

LA FAUTE DANS LE MARIAGE

CHAPITRE PREMIER

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE CIVILE DOMMAGES = INTERETS POUR LE PREJUDICE MORAL

Nous avons montré, dans les trois parties précédentes, comment la loi et les tribunaux, par des appels répétés au droit pénal, arrivent aujourd'hui à prononcer les divorces avec plus de certitude quant au présent et à l'avenir. Mais il est à craindre que les tribunaux, s'ils ont désormais l'intime conviction qu'aucune erreur n'est possible et que leurs décisions sont rigoureusement exécutées, ne soient portés par cela même à accroître le nombre des divorces ; si bien qu'en définitive le perfectionnement de cette institution naissante contribuerait à lui donner une plus grande extension.

Mais, parallèlement à cette évolution, les partisans de la suppression du divorce ont réussi à donner à leurs idées une force nouvelle. Sans doute ont-ils sa-

gement renoncé à réclamer une suppression brutale ; il suffirait d'une restriction progressive par la diminution des facilités données aux époux désunis. La force nouvelle de cette idée est d'autant plus à considérer qu'elle prend son appui sur une jurisprudence civile fort bien établie.

L'idée en elle-même est fort ancienne. Pour restreindre le nombre des divorces, il faut punir le conjoint coupable. Elle paraît parfaitement juste. Ce qui est nouveau, c'est le moyen proposé par de hardis novateurs : Tandis que la jurisprudence civile, que nous allons étudier avec quelques détails, punit le coupable au moyen d'une condamnation à des dommages-intérêts basés sur le préjudice moral, certains auteurs estiment que, pour arriver à ces fins, il conviendrait qu' « aucun divorce ne soit prononcé sans que le conjoint coupable ne soit condamné à une peine correctionnelle ». C'est ainsi que, à la session de 1924 du Conseil Supérieur de la Natalité, M. Boverat, rapporteur, écrivait : « Ce n'est pas l'injure qu'il a faite à son conjoint, ce n'est pas le coup qu'il lui a donné qui mérite cette punition, (les dommages-intérêts de la jurisprudence), c'est le fait qu'il a ruiné sa vie, alors qu'il s'était engagé à faire tout ce qui était en son pouvoir pour lui donner le bonheur. Ruiner l'existence d'un être humain, n'est-ce pas un crime, un crime qui nécessite une peine sérieuse ? Or, à l'heure actuelle, celui qui s'en rend coupable ne subit aucune peine, au contraire, il est bien souvent récompensé car, dans bien des cas, il souhaite avant tout de recouvrer sa liberté.

Après M Boverat, M. Georges Ripert, dans une note sous un arrêt de la Cour de Cassation du 15 juin 1927 (D. P. 1928-1-5), reprend exactement les mêmes idées

qu'adopte à son tour M. Cuche, professeur à la Faculté de Droit de Grenoble, dans une brochure parue en 1923 et intitulée : « La suppression du divorce » (cité par Planiol et Ripert, *Traité théorique de Droit civil*, tome II, p. 402).

Les efforts des tribunaux civils se sont manifestés à une époque déjà lointaine : les auteurs anciens, et en particulier Laurent (III, 309), s'étaient aperçus que la pension que prévoyait l'article 301 ne permettait pas de tenir compte de toutes les situations : Il peut arriver, en effet, qu'un époux malheureux, une fois sa subsistance assurée, ait droit à une indemnité supplémentaire fondée sur des agissements graves (des coups ayant entraîné des blessures) ; il peut arriver aussi que l'époux victime ne soit pas dans le besoin et n'ait droit, en vertu des règles de l'article 301, à aucune réparation. La Cour de Cassation connut de la question en 1873, à une époque, il est vrai, où, le divorce n'existant pas, il ne pouvait se présenter que des cas de séparation de corps (Req., 1^{er} décembre 1873 ; D. 74-1-345). De cet arrêt, rédigé en termes généraux, on pouvait déduire que la constatation d'une faute d'une part, d'un préjudice d'autre part, reliés par un rapport de cause à effet, suffit à justifier l'allocation de dommages-intérêts à l'époux innocent. Cet arrêt était rendu dans un cas d'adultère et un arrêtiste anonyme disait : Par ces dommages-intérêts, basés sur l'article 1382, il semble que les tribunaux s'efforcent de suppléer à l'insuffisance de la loi pénale, assez peu sévère pour le délit d'adultère.

C'est l'opinion de MM. Chauveau et Faustin-Hélie (*Théorie du Code Pénal*, 5^e édit., t. 4, n° 1664) : « une allocation pécuniaire sera pour la victime une triste compensation, mais il y aura privation pour le cou-

pable » ; il est vrai d'ajouter avec les mêmes auteurs, que « exercée dans de certaines limites et appuyées sur la conscience publique, cette faculté illimitée attribuée au juge de prononcer une réparation civile peut produire des effets utiles à la morale et à l'ordre social ».

Remarquons ici une influence nouvelle : l'insuffisance du droit pénal qui motive un complément de peine civile consistant en des dommages-intérêts destinés en apparence à réparer un préjudice moral.

L'examen de quelques autres décisions va nous montrer que les tribunaux ont hésité longtemps : Cour d'Appel d'Aix, par arrêt du 7 juin 1882 (S. 83-2-218), accorde 30.000 francs d'indemnité à un époux outragé moralement par l'adultère de son conjoint. Par contre, pour adultère également, la Cour d'Appel d'Agen, le 18 juillet 1902 (D. 1903-2-344) accorde 1 franc de dommage. Statuant dans le même sens que la Cour d'Appel d'Aix, la Cour de Montpellier, le 10 novembre 1897 (D. 1899-2-16), accorde 50.000 francs de dommages à une femme qui obtient le divorce pour non-consommation du mariage ; de même, la Cour d'Appel de Toulouse, le 12 mai 1903 (D. 1904-2-186), accorde 5.000 francs d'indemnité à un mari abandonné par sa femme, alors qu'il lui réclamait l'observation des devoirs du mariage. Par contre, la Cour d'Appel de Caen, reprenant, le 28 février 1903 (D. 1908-2-297), la thèse précitée de la Cour d'Agen, refuse d'accorder une indemnité à un mari obtenant le divorce pour infidélité de sa femme : « il était seulement atteint dans son honneur d'époux, et l'on comprendrait difficilement que, pour avoir manqué au devoir de fidélité conjugale, sa femme fut condamnée à lui payer une véritable amende ».

La Cour Suprême a statué le 20 février 1912 (S. 1912-

1-569) : « Attendu que... l'allocation de dommages-intérêts à la dame Boivin et leur quantum dépendant de la faute commise par Boivin et l'appréciation de cette faute étant elle-même subordonnée au résultat de l'enquête... Attendu d'autre part que la demande en divorce n'exclut pas l'application de l'article 1382 du Code Civil et ne fait pas obstacle à ce que les dommages-intérêts soient alloués à la partie qui l'a formée, lorsque cette partie fait preuve de griefs qui lui ont causé un préjudice distinct de l'objet de cette demande... ». La Cour a statué à nouveau dans le même sens en 1924 (Req. 13 mai 1924 ; D. H. 1924-389), décidant qu'une pension alimentaire mensuelle peut même être allouée au delà des limites de l'article 301 Code Civil, lorsque cette pension comprend la réparation d'une faute commise par l'époux coupable, (une accusation calomnieuse), dont l'évaluation rentre dans l'appréciation souveraine des juges du fond.

Voir encore l'arrêt du 15 juin 1927 (D. 1928-1-5) et enfin l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 juillet 1931 (S. 1931-1-374), qui accorde une indemnité à un époux sur le motif que son conjoint avait malicieusement retardé la solution de l'instance en divorce.

La question peut être considérée comme résolue définitivement (Voir Paris, D. H. 1928-325).

L'état actuel de la jurisprudence civile se dégage nettement de la lecture d'un arrêt de la Cour de Bourges du 4 avril 1928 (D. H. 1928, p. 309) qui envisage fort bien les divers aspects de la question.

Un tribunal civil avait prononcé le divorce aux torts de Godon, qui était condamné à payer 200 francs par mois à sa femme et 200 francs pour l'enfant. Godon, en appel, demande la réduction des pensions.

La Cour... Attendu qu'en raison des circonstances de la cause, la rente mensuelle de 200 francs, accordée à l'intimée, lui a été concédée à titre de dommages-intérêts ; Attendu qu'une femme au profit de laquelle le divorce est prononcé peut, en effet, indépendamment de la pension alimentaire de l'article 301 du Code Civil ou cumulativement avec elle, obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel et moral que son mari lui a causé ; Attendu que, dans ce cas, il importe peu que le conjoint allocataire des dommages-intérêts ne soit pas dans le besoin, qu'il lui suffise de justifier d'un préjudice pour en obtenir l'intégrale réparation ; Attendu qu'il est constant que la conduite de Godon à l'égard de sa femme fut des plus préjudiciables à celle-ci et qu'il *en a été particulièrement répréhensible* ; Attendu que la sanction doit être *proportionnée à l'importance de la faute* et à la gravité du dommage ; Attendu qu'en prononçant contre Godon la sentence dont il réclame la réformation, les premiers juges ont fait une juste application de ce préjudice.

Il n'appartient pas au criminaliste de rechercher comment s'y prend le juge civil pour évaluer un préjudice matériel souvent difficile à déterminer et pour réparer ou compenser en argent un préjudice moral (atteinte aux sentiments de la vie affective, à la réputation, honneur et considération) (1).

Qu'il nous suffise de dire ici que bien des civilistes (2) n'acceptent pas l'idée de réparation ou com-

(1) Gannot - Thèse : La réparation du préjudice moral, p. 2 à 10 - 56 à 68 - 187 à 200.

(2) Hugueney : Thèse, L'idée de peine privée en droit contemporain, p. 269 à 278.

Ripert - La règle morale dans les obligations civiles, 2^e édition, numéro 180 et suivants.

pensation du préjudice moral, mais se rangent à l'opinion implicite de la jurisprudence : un dommage matériel et moral est causé : il a un auteur ; si le dommage n'est pas appréciable en argent, tournons-nous du côté de l'auteur et frappons-le à raison de la faute qu'il a commise. La peine que nous lui infligeons est, sous l'apparence d'une réparation, un prélèvement sur sa fortune ; ce prélèvement, pour présenter tous les caractères d'un châtiment, doit être proportionné à la fortune du coupable ; la somme ainsi fixée est attribuée à la personne qui a le plus directement souffert de la faute, et c'est évidemment le conjoint innocent (*peine privée*). C'est ainsi que l'on explique les indemnités formidables allant jusqu'à 50.000 francs, qui ont été attribuées à un conjoint offensé par un adultère ou blessé matériellement et moralement par des coups.

On aperçoit aisément que cette jurisprudence civile soutient puissamment les partisans de la restriction du divorce : cette jurisprudence est bonne, disent-ils, en ce qu'elle vise la punition du coupable ; c'est le moyen employé qui est critiquable ; il serait préférable que cette forte amende soit versée au Trésor, il serait même préférable qu'elle soit remplacée par une peine de prison : il faudrait remplacer la peine privée par une peine publique ; ériger la faute dans le mariage en délit pénal.

CHAPITRE II

INTERVENTION EVENTUELLE DE LA LOI PENALE

La question que nous avons à résoudre peut ainsi se préciser : Lorsque les magistrats ont reconnu l'existence de causes justifiant le divorce et ont condamné le coupable à la réparation du dommage matériel, il reste encore le dommage moral, considérable et inappréciable, causé par la faute. Au lieu de prononcer, pour ce dommage moral, une peine sous couleur de réparation, ne conviendrait-il pas, au contraire, d'ériger cette faute en délit et de punir le coupable d'une peine d'emprisonnement ?

SECTION I

CREATION DIRECTE DU DELIT

Il est évident, en notre droit, que ce nouveau délit ne peut être l'œuvre que du législateur. Cette intervention est-elle légitime et est-elle désirable ? C'est ce que nous allons examiner très brièvement.

Les partisans de ce système peuvent invoquer des précédents. En effet, l'idée d'empêcher l'abus du divorce, non au moyen d'une limitation précise de ses causes et de la sévérité des magistrats appelés à les apprécier, mais par une intervention du droit pénal, n'est pas nouvelle ; elle a toujours existé, car toujours le droit pénal enveloppe le droit civil ; il peut reculer, s'effacer même, devant la perfection des ressources du droit civil, mais il est présent et regagne du terrain aux dépens de celui-ci lorsque sa faiblesse est trop apparente.

C'est ainsi, sans remonter au Droit romain, qu'en 1801, M. de Bonald, dans son livre « Le divorce », envisage le divorce d'un point de vue politique et émet les idées suivantes : Le divorce nuit aux enfants et aux époux, surtout à la femme ; il faut rendre le divorce difficile et punir celui par la faute duquel il arrive (1). De même, en 1882, M. Bufnoir se demande s'il ne conviendrait pas de rétablir des peines privées destinées à prévenir les abus du divorce (2).

Nous ne pouvons accepter sans discussion les idées de M. de Bonald, encore moins celles de M. Boverat, qui n'en sont au fond que la répétition. Il faut creuser encore la question.

Du fait que certaines personnes sont offensées par un acte, il ne s'ensuit pas que le législateur doive considérer cet acte comme un délit. Il ne pourrait le faire que si l'opinion réclamait une sanction contre son auteur. M. Durkheim, dans le chapitre II, de son livre « De la division du travail social », expose très

(1) Cité par Brissaud - Histoire du droit privé - Tome II, page 1068 - note 2.

(2) Bull. Société législative comparée 1882, p. 170 et 171
Cité par Jacomet - op. cit. p. 23.

bien la nature d'un acte délictueux : « Un acte est criminel quand il offense les états forts et définis de la conscience collective » et, un peu plus loin, « l'acte est un crime parce que nous le réprouvons »...

Or, il est difficile de sonder cette conscience collective. « Le mariage est une loterie », dit-on vulgairement. Si à cette loterie un époux a perdu, s'il s'aperçoit qu'il s'est trompé ou qu'il a été trompé (« en mariage trompe qui peut ») et s'il commet un adultère, peut-on dire qu'il a brisé la vie de son conjoint et que c'est un crime ? N'oublions pas en effet que bien des gens aujourd'hui se marient en pensant à la possibilité du divorce, que l'ombre du divorce plane sur le mariage et qu'elle empêche les époux de consentir les sacrifices nécessaires pour parvenir à faire bon ménage.

Le divorce avait été créé pour remplir le rôle de remède exceptionnel ; le public s'y est habitué et bien des personnes qui n'oseraient pas divorcer voient d'un œil plutôt favorable le divorce du voisin.

De cette habitude résulte une tendance nouvelle. Il semble difficile de nier que cette nouvelle tendance ne soit pas la tendance fondamentale de l'organisme social ; si les sentiments correspondants sont abolis, l'acte le plus funeste à la société pourra être non seulement toléré, mais honoré et proposé en exemple.

Est-il alors opportun de heurter de front cette tendance, comme le voudrait M. Boverat ? Le droit doit-il rechercher la modification des mœurs ? On répond généralement que le droit ne peut être à un moment donné que le reflet des mœurs et des idées morales régnantes. Nous croyons pouvoir affirmer qu'il n'est pas opportun de heurter de front cette tendance. Or, mettre en prison l'époux coupable paraît la heurter

trop rudement. En effet, si l'on admet que le rôle du droit consiste à rétablir par la force les rapports sociaux quand ils sont troublés, la contrainte variant de la simple remise en état à la terrible et infâmante peine publique de notre Code pénal, en passant par toutes sortes d'états intermédiaires, on s'aperçoit tout de suite que la contrainte pénale doit être laissée de côté, pour cette raison qu'elle est la limite extrême du pouvoir de l'Etat. Elle ne peut être employée légitimement qu'en cas d'extrême gravité du dommage causé. Cette gravité se reconnaît à notre époque au fait que l'on ne dispose pas d'autres moyens que de punir pour pourvoir à la défense de l'ordre public. Si le dommage est restreint à l'individu, la faute de son auteur ne présente aucun caractère d'ordre public, mais seulement d'intérêt privé.

D'autre part, la conscience collective ne considère pas le conjoint fautif comme un « délinquant » redoutable à l'égard de la Société ; la faute dans le mariage n'est pas un délit naturel, car le coupable n'est pas privé de sens moral, il n'est pas redouté, méprisé, placé hors du cadre social comme un être dissemblable ; on ne peut même pas considérer cette faute comme un délit de droit positif, car son auteur n'a pas manqué de sens social ; le besoin social d'une sanction pénale ne se fait pas sentir : intime et dissimulée est la faute (la publicité des jugements n'a pas pour effet de lui enlever ce caractère), intime et dissimulée doit être, autant qu'il est possible, la sanction.

D'ailleurs, un bref examen des tendances fondamentales du droit pénal va fortifier cette position.

Le droit pénal actuel est traversé par un double courant : l'un qui tend à la diminution de la gravité des peines, à l'humanisation du droit, à empêcher

autant que possible les faits délictueux de se produire et non plus à les réprimer ; l'autre qui tend à la création de nouveaux délits.

Considérons attentivement le premier courant et dégageons quelques conséquences de l'idée qui fait sa force : Mieux vaut prévenir que sévir.

C'est la réponse du bon sens. Si l'on veut aujourd'hui, non pas supprimer le divorce, car il n'y faut pas songer, mais le rendre difficile, de plus en plus difficile afin que le public cesse de le considérer comme une évasion facile des charges du mariage, et retourne à l'ancienne conception de remède exceptionnel, c'est vers les remèdes préventifs qu'il faut se tourner. Oublions donc cette idée fâcheuse de sanction pénale, qui tend à nous faire considérer la faute dans le mariage comme un phénomène normal, un produit naturel et un agent régulier de la vie matrimoniale, pour nous en tenir aux réglementations du droit civil.

Au lieu de réparer un équilibre rompu, efforçons-nous d'éviter qu'il ne se rompe, en appelant au secours du mariage des moyens de préservation civils, des sûretés, des garanties, des réglementations minutieuses. Je verrai volontiers le système suivant :

Les divorces seraient prononcés par des juges spécialisés, siégeant par exemple dans les chefs-lieux des Cours d'Appel. (Cette idée de spécialisation du juge m'est inspirée par trois considérations : 1^o considérations tirées du droit pénal, où le juge est parfois spécialisé ; ex. : tribunal pour enfants ; — 2^o considérations tirées de l'examen du droit anglais au dix-neuvième siècle (1) ; depuis le Divorce Act. du 28 août 1857, la demande en divorce est jugée par un tri-

(1) Lehr. Le mariage et le divorce dans les principaux pays civilisés, année 1899 - p. 225 et suivantes.

bunal unique portant le nom de « Court for divorces and matrimonial causes », et depuis 1873 par une Chambre spéciale de la « Supreme court of judicature » ; — 3^e considérations tirées de la raison : la justice ne peut que gagner à cette spécialisation).

Les divorces par jugements d'accord seraient prohibés, les juges examineraient avec soin toutes les affaires et une grande importance serait attachée à la tentative de conciliation. Le nombre des causes serait réduit. Enfin, et surtout, ce tribunal spécial reviendrait à la forme ancienne des enquêtes. De nos jours, l'enquête est faite selon le droit commun, les dépositions des témoins sont reçues par le juge-commissaire et lues à l'audience. Avant la loi de 1886 et avant 1816, l'enquête était faite dans une forme spéciale ; elle se faisait à l'audience, devant le tribunal tout entier. Ce procédé prend évidemment plus de temps que le procédé actuel, mais il présentait pour les parties beaucoup plus de garanties : en effet, le procès-verbal du juge commissaire peut ne pas rendre très fidèlement les paroles prononcées, le tribunal d'aujourd'hui n'a pas sous les yeux le spectacle vivant de l'enquête, bien des indices dans le jeu de la physionomie, dans le ton, dans le regard modifient la valeur des témoignages et font impression sur les auditeurs. Il serait donc très utile que tous les magistrats appelés à statuer sur la demande entendissent les déclarations faites dans l'enquête.

Enfin, j'é mets ici fort timidement une idée toute nouvelle : ce tribunal spécialisé serait composé mi-partie d'hommes et de femmes, les hommes seraient des magistrats, les femmes pourraient être des avocates, ayant par exemple 20 ans d'inscription au barreau.

Pour terminer cette construction nouvelle, la peine privée ne serait pas abandonnée, le conjoint coupable serait condamné à une sorte de composition pécuniaire étant à la fois l'indemnité de l'article 301, la réparation du préjudice matériel et la peine privée proprement dite (à la fois complément de réparation d'un préjudice matériel difficile à estimer, et exagération de cette réparation destinée à apporter la satisfaction compensant le préjudice moral par la reconnaissance solennelle de ce préjudice).

Mais, de même que le paiement de l'indemnité de l'article 301 est assuré par une sanction pénale, par laquelle on considère comme un délit, non pas le fait de ne pas exécuter une obligation antérieure, mais bien le fait de désobéir à l'ordre du juge, de même le paiement de l'indemnité complémentaire de l'article 1382, à la fois réparation et peine, pourrait être assuré (dans des conditions cependant différentes) par une peine d'Etat.

SECTION II

SANCTION PENALE DE L'INEXECUTION D'UNE DECISION DE JUSTICE

Voici à nouveau le divorce soumis à la loi pénale, malgré les efforts considérables que nous avons faits pour l'éviter. Est-ce une contradiction ? Non ; la situation n'est pas identique : ce n'est plus la sanction directe d'un fait délictueux ; ce qui est délictueux, ce n'est pas la violation d'un devoir moral, c'est la désobéissance à l'ordre du juge.

Nous ne frappons plus d'une peine la faute dans

le mariage, nous frappons celui qui refuse de payer l'indemnité à laquelle il a été condamné.

On est tout naturellement conduit à cette solution si l'on considère l'évolution qui s'est produite à propos de l'article 301 et qui a été longuement exposée. On se rappelle que le fondement de la pension due en vertu de l'article 301 est indemnitaire. C'est l'indemnité qui a pour but de réparer le dommage résultant de la disparition du devoir de secours ; cependant l'on reconnaît que cette pension a un caractère alimentaire ; derrière ces mots se cache une pensée : la volonté d'assurer le paiement d'une pension ainsi déclarée insaisissable, et que l'on désirerait voir incessible. Le caractère alimentaire de la pension rend possible l'intervention de la sanction pénale de l'abandon de famille.

Actuellement on ne peut assimiler à cette pension l'indemnité due (sous forme de rente ou de capital) en vertu de l'article 1382. C'est ce que l'on peut déduire implicitement des récents arrêts de la Cour de Cassation (1), où il est indiqué que la loi du 1^{er} février 1924 ne peut s'appliquer au divorce qu'autant qu'il s'agit d'une « obligation légale découlant d'un devoir de famille ».

Or il n'est pas douteux que l'indemnité basée sur l'article 1382 n'est pas la sanction de l'inexécution d'une obligation légale découlant d'un devoir de famille, mais bien une indemnité accordée en faisant abstraction de la qualité de conjoint, pour punir un fait dommageable en lui-même ; autrement dit, la qualité de conjoint est prise en considération pour

(1) Voir notamment : Cass. Crim. 29 juillet 1933 - Gaz. Pal. numéro du 24 novembre 1933 et Cass. Crim. 23 décembre 1932 ; D. H. 1933 - p. 69.

l'évaluation du dommage et de la peine, mais le paiement de l'indemnité ainsi déterminée ne constitue pas un devoir de famille, c'est une simple dette civile entre personnes divorcées, n'ayant désormais entre elles d'autres liens juridiques que ceux qui résultent de l'obligation de réparer un fait délictueux.

On pourrait cependant, considérant à nouveau l'insuffisance des sanctions civiles, d'autant plus sensible que cette dette n'a aucun caractère alimentaire, avoir la volonté d'assurer le paiement de la rente ou du capital.

Il n'y a, à mon avis, que deux solutions possibles :

— ou bien modifier les conceptions actuelles sur le caractère de ces diverses pensions, imiter l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 mai 1924 : prononcer une réparation globale basée tant sur les articles 301 et 303 que sur l'article 1382, et soumettre cette « composition pécuniaire » à la sanction pénale de la loi de 1924.

— ou bien conserver la séparation entre l'indemnité alimentaire et l'indemnité peine privée et faire du non paiement volontaire de la peine privée un autre délit spécial, motivant l'intervention efficace de la contrainte pénale.

Dans l'évolution continuelle du droit et des mœurs, laquelle de ces deux tendances l'emportera ? Peut-être une troisième qui serait d'appliquer le moins possible l'article 1382.

On est amené à cette pensée en se reportant à la préoccupation qui semble avoir dicté au législateur les règles limitatives de l'article 301 : en limitant la pension au tiers des revenus de l'époux coupable, il semble, avons-nous dit, que l'on ait voulu, d'une part, éviter que l'époux innocent n'ait par le divorce une

situation meilleure que celle qu'il avait au cours de son mariage, et, d'autre part, faire en sorte que le coupable conserve des ressources suffisantes pour pouvoir se remarier.

Le cumul des articles 1382 et 301 ne tient aucun compte de ces préoccupations d'apparence très sage, et si l'article 1382 s'applique seul, c'est que le conjoint innocent n'est pas dans le besoin. Dès lors, si la pension basée sur l'article 1382 n'est pas payée, le dommage individuel est assez léger, le dommage social est difficile à apercevoir, et le criminaliste, estimant que, par ailleurs, le droit pénal a des interventions fréquentes, paraît pouvoir, à juste titre, se désintéresser de la question.

CONCLUSION

Nous venons d'assister à l'élaboration complète d'une réglementation aussi précise et minutieuse que possible des suites du divorce, œuvre combinée du législateur et du juge.

Cette précision dans la réglementation, obtenue grâce à un appel constant aux ressources du droit pénal, nous fait apparaître ce droit sous un aspect nouveau, sensiblement différent de celui qu'on lui reconnaissait traditionnellement en Droit Français.

La tradition, en effet, nous représente le droit pénal comme un ensemble de règles à caractère exceptionnel, n'intervenant que pour des motifs graves contre des individus que l'on appelle des délinquants et pour des faits que l'on qualifie du nom générique d'infractions.

Le délinquant est un être redoutable à l'égard de la Société, non pas surtout par ce qu'il a fait, mais par ce qu'il a voulu faire, et surtout ce qu'il est capable de faire. L'intention, la capacité de nuire ont un rôle décisif dans la constitution du délit pénal. L'infraction est la violation d'une loi de l'Etat, promulguée pour protéger la sécurité des citoyens, résultant d'un acte

externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir, et punie d'une peine par la loi.

Pour expliquer un peu mieux les caractères que présente la loi pénale, précisons qu'elle a pour but de protéger la sécurité de tous les citoyens menacés par l'accomplissement du délit : le dommage immédiat causé même à un seul individu détermine, par le danger de sa répétition et l'impossibilité de s'en garantir, un trouble à la sécurité de tous, qui constitue le dommage social médiateur.

Ce rôle traditionnel du droit pénal s'efface devant une conception nouvelle : La sanction pénale ne frappera plus nécessairement un délinquant redoutable pour la société par ce qu'il peut faire à l'un quelconque de ses membres, elle frappe celui qui se dérobe à ses devoirs envers les membres de sa famille, tout en n'étant « dangereux » pour personne autre ; la sanction pénale ne vise plus nécessairement le dommage social médiateur et la sécurité de tous, elle vise plus spécialement le dommage immédiat tout individuel et en assure la réparation. Sans doute, l'on peut dire que cette sanction individuelle a aussi un caractère intimidant et exemplaire, mais il n'apparaît qu'en second lieu, après la satisfaction des intérêts individuels. Ainsi la sanction pénale permet l'établissement de rapports juridiques nouveaux d'ordre privé, que le législateur était auparavant impuissant à régler, faute d'une sanction civile efficace. Et c'est là toute la raison de l'existence de ce courant du droit pénal déjà signalé, qui apporte avec lui un nombre toujours croissant d'infractions.

Que penser en présence de ce flot grossissant de

faits délictueux qui menace d'envelopper complètement le droit civil ? Nous n'avons aucune raison bien pertinente de nous en effrayer. De nos jours, en Angleterre, le droit pénal est la sanction du droit civil : le mépris de la décision de justice (*contempt of court*) est un délit. Dans l'ancien droit, le droit pénal a présenté ce caractère : la sanction pénale et la sanction civile étaient confondues, puis l'esprit logique les sépara, ce qui était admissible, et voulut assigner à chacune une fonction distincte, il voulut dresser entre le droit pénal et le droit civil des barrières solides. Ces barrières solides, à vrai dire, ne sont pas immuables, le droit pénal a toujours évolué : tantôt certains faits cessent d'être considérés comme délictueux, tantôt de nouveaux délits apparaissent : tel rapport juridique passe d'une catégorie dans l'autre.

Nous assistons aujourd'hui, en France, à une réaction contre cet esprit logique : tous les rapports juridiques paraissent, a priori, pouvoir être soumis au droit civil et au droit pénal, l'un étant la réglementation et un commencement de sanction, l'autre étant la sanction par excellence, la contrainte devant laquelle toute personne quelque peu pourvue de biens matériels n'hésite pas à se plier.

Nous avons ainsi vérifié la pensée de Bentham, citée en première page de cet ouvrage : « Créer les droits et les obligations, c'est créer les délits,... chaque loi civile forme un titre particulier qui doit enfin aboutir à une loi pénale... les deux codes n'en font qu'un pour leur nature et pour leur objet ». Il y a cependant une exagération dans la pensée du philosophe anglais quand il prétend que les deux droits se confondent au point que le droit pénal devient l'unique et nécessaire sanction du droit civil. Nous ne devons pas déci-

der (on en a vu un exemple dans la quatrième partie de cet ouvrage) que, chaque fois qu'un acte illicite porte atteinte aux droits d'autrui, il tombe par cela même sous le coup du droit pénal. Pour que la Société, par l'intermédiaire de la peine, puisse porter atteinte aux droits individuels, il faut qu'une pareille mesure soit motivée par un trouble profond des lois fondamentales sur lesquelles elle repose.

C'est pourquoi on pourrait peut-être changer un mot dans la phrase de Bentham et dire : chaque loi civile forme un titre particulier qui peut enfin aboutir à une loi pénale.

Il paraît impossible de préciser davantage ; il serait arbitraire et d'une logique trop rigoureuse de chercher à poser un critérium précis et certain de l'immoralité sociale et de la nocuité de l'acte qui permettent de l'ériger en délit : il faut tenir compte, pour l'établissement des incriminations, de l'état des mœurs publiques et privées et des principes de droit politique de chaque pays et de chaque époque.

Si les circonstances aujourd'hui nous obligent à reconnaître la justice et la valeur pratique de cette pensée, il semble que nous pouvons induire de cela un abaissement certain de la moralité publique. Le criminaliste sortirait peut-être de son rôle et de sa catégorie s'il cherchait à savoir si c'est le divorce qui corrompt les mœurs ou si ce sont les mœurs corrompues qui entraînent le divorce. Cette question intéresse les philosophes et devrait préoccuper le législateur. Si le législateur, dans ses lois nouvelles, indiquait au juge que sa volonté est de restreindre le nombre des divorces, alors les juges se préoccuperaient davantage d'accroître la valeur morale du mariage plutôt que de rechercher la précision dans le divorce.

Car il ne faut pas se dissimuler que cette précision dans le divorce, obtenue par une réglementation minutieuse de la procédure et de ses suites et un appel constant au droit pénal, est un encouragement certain pour les juges à rompre le lien matrimonial.

C'est ce qui paraît résulter des dernières statistiques : en 1925, 20.002 divorces ; en 1926, 20.006 ; en 1927, 18.487 ; en 1928, 18.822 ; en 1929 19.353 ; en 1930, 20.409 ; en 1931, 21.212. Le courant inverse se fera-t-il sentir un jour prochain ? Le public se déshabituerait-il du divorce en présence de ses conséquences fâcheuses ? Il est encore trop tôt pour répondre à cette question.

Avant de mettre le point final à cet ouvrage, je ne puis m'empêcher de faire une incursion dans le domaine traditionnellement réservé au droit civil. Un civiliste nous dirait : si des effets heureux paraissent pouvoir être obtenus dans le domaine du droit civil grâce à la sanction pénale, c'est parce que celui-ci s'élève au niveau du droit pénal ; si en 1890 un époux pouvait mal se conduire à l'égard de son conjoint avec de certaines chances d'impunité, ne pas lui abandonner les enfants, ne pas payer la pension, et si aujourd'hui, au contraire, il ne peut plus se dérober à l'application des lois, après avoir méprisé les règles morales, c'est parce que le droit civil a changé de caractère ; il n'est plus individualiste, il est social ; et, en lui reconnaissant ce caractère social, on le rapproche singulièrement du droit pénal qui a, par excellence, ce caractère.

M. Josserand, dans sa note sous Civ., 21 mai 1924 (D. P. 1924-1-97), explique en ces termes comment petit à petit l'idée s'est fait jour qu'un droit ne doit pas être une prérogative attribuée à l'individu envisagé

en soi, mais bien une prérogative attribuée à celui-ci en tant que membre de la communauté : « tout droit est social à un double titre, par ses origines, puisqu'il est concédé par les pouvoirs publics, et par sa finalité, comme destiné à se réaliser non dans le vide absolu mais dans un milieu social donné, dont il doit respecter et assurer l'harmonie ; on ne saurait donc l'utiliser que socialement, civiliter, en raison du lieu où il s'affirme. Si nous pouvons user de nos droits, c'est seulement à bon escient et pour des motifs légitimes, non pas anti-socialement et contre le Droit lui-même, sinon nous engagerions notre responsabilité ».

Ainsi, toute violation de droit prend un aspect social, le dommage immédiat considéré en lui-même prend une coloration sociale : l'immoralité des uns entraîne l'immoralité des autres. Une sanction *efficace et redoutée* est devenue nécessaire : le droit civil manque de moyens appropriés, mais il s'est élevé au niveau du droit pénal, c'est sans hésitation et sans scrupules que nous faisons appel à celui-ci.

Nous établirons une sanction, une contrainte qui détermine l'individu à livrer les enfants qu'il cache, une menace intimidante qui l'oblige à diriger contre son conjoint une procédure régulière, une épreuve de solvabilité qui détermine le condamné à découvrir les ressources pécuniaires qu'il se réserve jalousement.

Sans doute, il y aura toujours des réfractaires ; il ne faut pas espérer atteindre la perfection par la sévérité de la contrainte ; il ne faut pas croire que l'appel constant au droit pénal accroîtra la valeur morale du mariage et supprimera le divorce. Nous devons, au contraire, nous garder de cette pensée ; rien ne sert d'être sévère, même si l'on justifie cette sévérité par la prétention un peu hardie de vouloir corriger

les mœurs. Le droit pénal moderne recherche la prévention par la persuasion ; dans le divorce, plus que dans toute autre matière, il doit conserver ce caractère. L'intervention trop rude du droit pénal serait une grave erreur ; si les chaînes qui enserrant le conjoint coupable après son divorce sont trop puissantes et trop apparentes, le résultat le plus immédiat serait de détourner le public du mariage et de précipiter le triomphe de l'union libre. Ainsi je suis en mesure de soutenir de plus fort la conclusion de la quatrième partie de cet ouvrage : la faute dans le mariage ne peut être un délit pénal ; je crois même que l'application de l'article 1382 ne doit être faite qu'avec une grande prudence, car cette indemnité, si elle n'a pas encore pour effet de détourner du mariage, doit sûrement effacer toute idée de nouvelle tentative. Par la menace de la sanction pénale, recherchons la sincérité de la procédure, assurons par une sanction pénale modérée l'avenir des enfants, des aliments au conjoint innocent ; je crois que l'œuvre du criminaliste doit s'en tenir là et qu'il serait dangereux de vouloir la pousser plus avant.

BIBLIOGRAPHIE

BOURGET (Paul). — *Un divorce*.

MARGUERITTE (Paul et Victor). — *Les deux vies*.

THESES

BERRYER (Jacques). — *Désastreintes*, Paris, 1903.

BIÉVILLE (Edmond de). — *Du rétablissement de la contrainte par corps*, Paris, 1904.

COLLET (Maurice). — *De l'obligation alimentaire entre époux divorcé*, Paris, 1919.

CUMENGE (J.). — *De l'enlèvement du mineur et du délit de non-représentation*, Bordeaux, 1907.

DURAND (Jacques). — *Remarques sur la nature contractuelle du mariage*, Paris, 1917.

GANOT (Jean). — *La réparation du préjudice moral*, Paris, 1924.

GIRAULT (Pierre). — *L'abandon de famille. Sanction pénale de l'obligation alimentaire*, Poitiers, 1927.

HUGUENEY (Louis). — *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon, 1904.

JACOMET (Pierre). — *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, Paris, 1905.

LAURENT (Georges). — *La répudiation et le divorce par consentement mutuel*, Dijon, 1904.

LIVINEC (J.). — *Du délit d'abandon de famille*, Bordeaux, 1907.

MONSARRAT (C.). — *Le délit de non-représentation d'enfant*, Toulouse, 1929.

AUTRES OUVRAGES

- BENTHAM. — *Traité de législation civile et pénale*, Paris, 1820, 2^e édit.
- DURKHEIM. — *De la division du travail social*.
- ESMEIN. — *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte*, Revue trimestrielle de Droit civil, 1903, p. 5.
- GÉNY (F.). — *Science et technique en droit privé positif*.
- JOSSERAND. — *Chronique*, au *Dalloz Hebdomadaire*, 1932, p. 1.
— Note sous Cass. Civ., 21 mai 1924 ; D. H. 1924-1-97.
- LEHR. — *Le mariage et le divorce dans les principaux pays civilisés*, 1899.
- POITTEVIN (Le). — *Dictionnaire des parquets*.
- PRINS. — *Science pénale et droit positif*.
- RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e édit., n^o 177 à 183.
— *Chronique*, au *Dalloz Hebdomadaire*, 1927, p. 53.
— Note sous Cass. Civ., 15 juin 1927 ; D. P. 1928-1-5.
- SAINT-LAURENS. — *Supplément au Dictionnaire des Parquets*.

DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

1^o Loi établissant le divorce :

- Journal officiel, 1882 ; Chambre, Annexe, p. 808 et suiv., rapport de M. de Marcère.
- Journal officiel, 1880 ; Chambre, Annexe, p. 1098 et suiv., 1146 et suiv., rapport de M. Léon Renault.

2^o Loi du 3 février 1928, modifiant celle du 1^{er} février 1924 :

- Journal officiel, 1927 ; Chambre, session ordinaire, Annexe 4204, tome 1, p. 411, rapport de M. Cautru.
- Journal officiel 1928 ; Sénat, session ordinaire, Annexe 340, rapport de M. Lugol.

3^o Loi du 13 avril 1932 :

- Journal officiel ; Sénat, Annexe 194, 1931, p. 126.
- Journal officiel ; Sénat, Annexe 519, 1931, p. 906.
- Journal officiel ; Chambre, Annexe 6188, 1932, p. 92.
- Journal officiel ; Sénat, Annexe 268, 1932, p. 246.

Vu :

Montpellier, le 19 mars 1934

Le Président de la Thèse,

A. LEGAL.

Vu :

Montpellier, le 20 mars 1934

Le Doyen,

G. MORIN.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 23 mars 1934

Le Recteur,

Pour le Recteur :

Le Doyen Délégué,

FONZES-DIACON

TABLE DES MATIERES

	Pages
AVANT-PROPOS	7
INTRODUCTION	9
PREMIERE PARTIE	
LE DÉLIT DE NON-REPRÉSENTATION D'ENFANT	13
CHAPITRE PREMIER. — <i>De la réglementation judiciaire du droit de garde</i>	15
CHAPITRE II. — <i>Sanctions civiles tendant à assurer l'exécution des décisions judiciaires en ma- tière de garde</i>	21
I. — La force publique	
II. — Les dommages-intérêts	
III. — L'astreinte. La saisie des revenus	
IV. — Appréciation	
CHAPITRE III. — <i>L'intervention de la loi pénale</i> ..	33
Section I. — Tentatives antérieures à la loi du 5 décembre 1901	34
Section II. — La loi du 5 décembre 1901	37
CHAPITRE IV. — <i>Étude des principales difficultés révélées par l'application de la loi</i>	41
Section I. — Champ d'application de la loi ..	41
Section II. — Éléments constitutifs du délit ..	48
Section III. — Caractères du délit	52
Section IV. — Pénalités	55
Section V. — Complicité	56
CONCLUSION	57
DEUXIEME PARTIE	
LE DÉLIT D'ABANDON DE FAMILLE	61
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les obligations alimentaires prévues par les articles 301 et 303 du C. C.</i> ..	63
Section I. — Introduction	63
Section II. — L'article 301 du Code Civil	66
Section III. — L'article 303 du Code Civil	74
CHAPITRE II. — <i>Moyens civils par lesquels est assuré ou garanti le paiement de ces obligations</i> ..	79

CHAPITRE III. — <i>L'intervention de la loi pénale. Les difficultés de principe. Solutions de la jurisprudence</i>	83
I. — Introduction : Le vote de la loi du premier avril 1924	
II. — La jurisprudence criminelle	
III. — Réaction de la jurisprudence criminelle sur la jurisprudence civile	
CHAPITRE IV. — <i>Application du principe. Principales difficultés</i>	93
Section I. — Eléments constitutifs du délit	93
Section II. — Caractères du délit	100
Section III. — Pénalités. Récidive	101
Section IV. — Compétence. Procédure	103
CONCLUSION	109
TROISIEME PARTIE	
LE DÉLIT DE FRAUDE	113
CHAPITRE PREMIER. — <i>De la fréquence des jugements par défaut en matière de divorce. Moyens de droit commun et moyens spéciaux concourant à la protection du défaillant</i>	115
CHAPITRE II. — <i>Insuffisance des moyens de droit commun et des moyens spéciaux de protection</i>	121
CHAPITRE III. — <i>L'intervention de la loi pénale</i> ..	127
Section I. — Eléments constitutifs du délit	128
Section II. — Pénalités. Complicité	130
Section III. — Caractères du délit de fraude ..	137
Section IV. — Procédure	142
CONCLUSION	143
QUATRIEME PARTIE	
LA FAUTE DANS LE MARIAGE	145
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'œuvre de la jurisprudence civile. Dommages-inérêts pour le préjudice moral</i>	147
CHAPITRE II. — <i>Intervention éventuelle de la loi pénale</i>	155
Section I. — Création directe du délit. Appréciation	155
Section II. — Sanction pénale de l'inexécution d'une décision de justice	161
CONCLUSION	165
BIBLIOGRAPHIE	172

